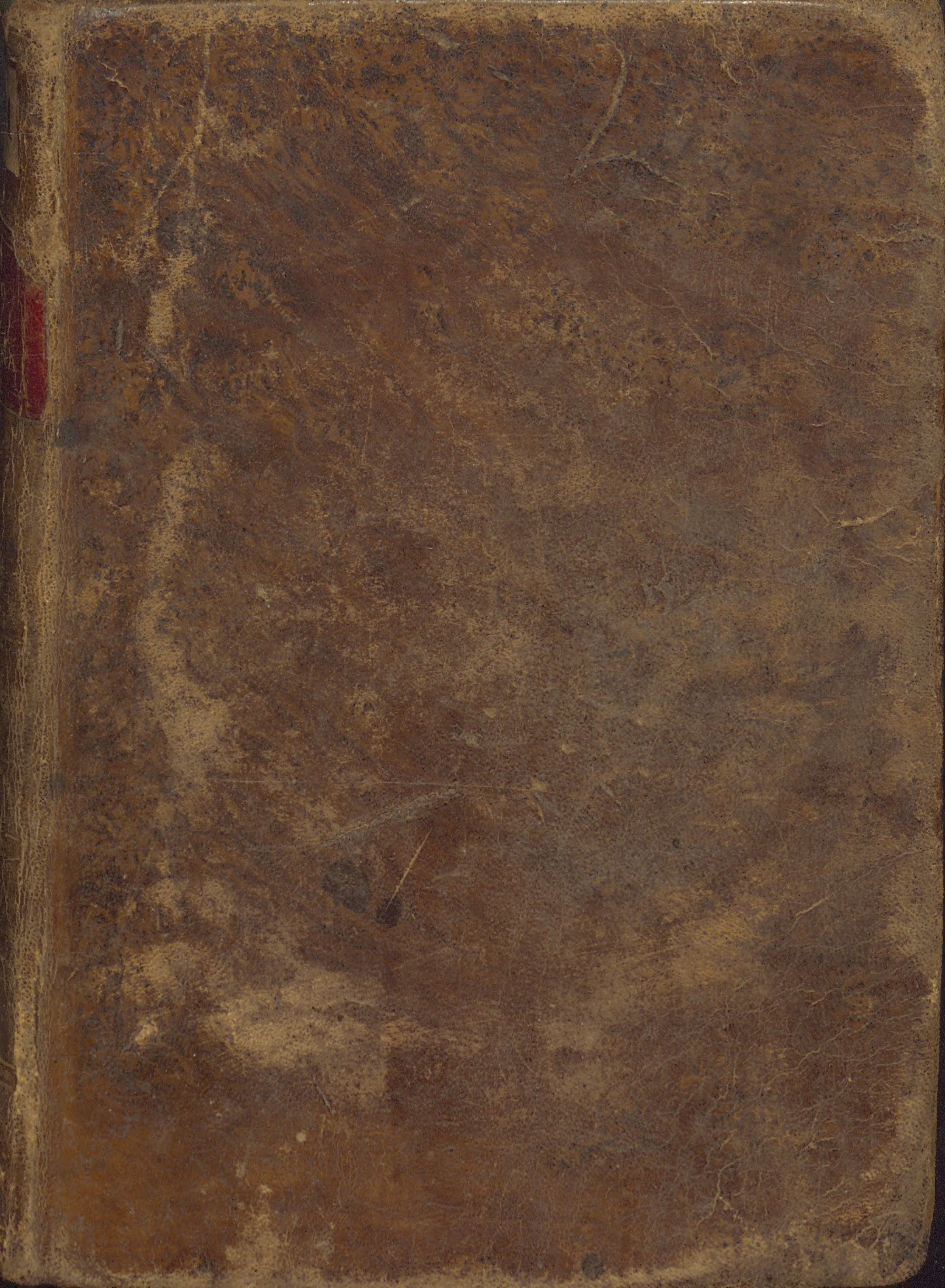






ILUSTRACION

DEL DERECHO REAL DE ESPAÑA,

ORDENADA

POR DON JUAN SALA,

PAVORDE DE LA METROPOLITANA IGLESIA DE VALENCIA, Y CATEDRATICO DE PRIMA DE LEYES EN LA UNIVERSIDAD DE LA MISMA CIUDAD.

SEGUNDA EDICION,

Corregida y adicionada por su autor, y arreglada las citas de leyes á la Novisima Recopilacion.



TOMO I.

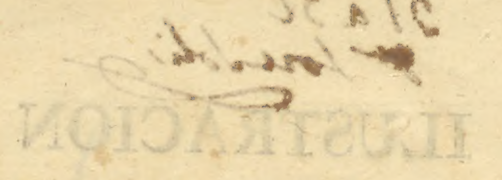
CON LICENCIA.

EN MADRID

EN LA OFICINA DE DON JOSÉ DEL COLLADO.

AÑO MDCCCXX.

Se vende en la Librería de Martinez, frente de San Felipe el Real, con las Instituciones Romano-hispanum *del mismo autor.*



PREFACION.

Los deseos de la Nacion de que se publicará una ilustracion del derecho Real de España en el idoma español, que al paso que no ofendiera el buen gusto y pericia de los concurrentes á las Universidades y demas personas doctas, pudiera dar una decente instruccion á los que, no entendiendo el latin, la necesitan para el exercicio de su profesion, ó gobierno de sus cosas, movieron nuestro ánimo á emprender el trabajo de ordenarla en la edad avanzada de setenta años, en que los hombres solemos pensar mas en descansar, que entrar en nuevas tareas. La necesidad de esta obra, por la notoria insuficiencia de las otras de su naturaleza, que se han publicado hasta ahora, y nuestra vehemente inclinacion á fomentar el estudio de nuestro derecho patrio, de que son buenos testimonios el *Vinio castigado*, *las Instituciones y Digesto Romano Español*, nos hicieron atropellar el reparo de nuestros muchos años, hallándonos por la misericordia de Dios, en una salud muy robusta y constante, que no ha llegado á flaquear, sin embargo de haber sido bastante larga y penosa la tarea.

Sirvió tambien mucho para alentarnos el ver la aceptacion con que nuestras citadas obras han sido adoptadas para la pública enseñanza en las Universidades de nuestra España, y el aplauso con que han sido recibidas en varias partes de la America, de que tenemos noticias ciertas: de suerte, que en muy poco tiempo se despacharon enteramente dos ediciones del Vinio castigado, de 2☉ exemplares cada una; y desde el año 1790 se han despachado dos de las Instituciones, y solo nos quedan unos pocos de la tercera edicion hecha en el año de 1805, en términos, que en el año próxîmo de 1821 habremos de hacer la cuarta.

2 Porque si bien en el principio de su reynado permitieron á los Españoles, acostumbrados ya al uso de las leyes Romanas, continuar en su observancia, al tenor del Código *Theodosiano*, ó del *Breviario*, compuesto del mismo, de los Códigos Gregoriano y Hermogeniano, y de las sentencias é instituciones de los Jurisconsultos Paulo y Cayo, que ordenó ó dispuso se ordenára el Godo Aniano en el año 506. en tiempo del Rey Alarico, como lata y cuidadosamente manifiesta Mesa en su *Arte de la historia legal, lib.* 1. *cap.* 4. empezaron ya entonces á establecer algunas nuevas; de suerte, que en aquellos tiempos algunas de las que regian eran Góticas, y la mayor parte Romanas. El primero de los Reyes Godos que estableció algunas fué Eurico, que murió en el año 483. segun refiere San Isidoro en la *historia de los Godos*, y Franckenau en su *Themide sect.* 1. *de legib. Gotor. n.* 5. diciendo ser la opinion general de nuestros Autores, citando á muchísimos; y estas son las primeras que podremos llamar leyes Españolas. A ellas añadieron algunas otras sus sucesores, y principalmente Leovigildo. Recesvindo pasó mas adelante, pues prohibió el uso de las leyes Romanas, imponiendo la pena de 30. libras al que las citára en juicio, y al Juez que diera sentencia segun ellas, Franckenau, *d. sect.* 1. *n.* 3. Y aunque es de creer, que en tiempo de estos Reyes y sus inmediatos, se hiciese algun Código ó coleccion de las leyes que establecieron, no tenemos noticia alguna de otro mas antiguo, que el famoso que se publicó en latin á fines del siglo VII. ó principios del VIII. con el nombre de *Liber Judicum*, que se celebra como fuente y orígen de las leyes de nuestra España. Sobre quién fué el Autor de este Código, hay mucha variedad de opiniones. Unos lo atribuyen á Sisenando, otros á Chindasvindo, otros á Recesvindo, que murieron en los años 635. 650. 672. Y no faltan quienes concedan esta gloria á los Reyes posteriores Wamba, Ervigio, Egica, Witiza, de los quales el último falleció el año 711. como puede verse en Mesa, *d. lib.* 1. *cap.* 5.

Frackenau, *d. sect.* 1. *n.* 7. *y siguientes*, en donde tratan con extension este asunto. En vista de lo que dicen estos y otros Autores, y en atencion á que este Código está lleno de leyes de Sisenando, Chindasvindo y Recesvindo, parece verosímil, que estos tres Reyes ó alguno de ellos cuidaron de hacer alguna coleccion, que fué el principio de este Código. Pero como en él, segun el estado en que ha llegado á nuestras manos, se encuentran varias leyes de Wamba, Ervigio y Egica, quando reynó solo, y aun algunas despues que tomó por compañero á Witiza en el año 698. debemos confesar, que con este complemento no es mas antiguo que los últimos años de Egica.

3 Este Código, que tambien se llamó *Forum Judicum*, consta de 12. libros divididos en títulos, que se subdividen en leyes: de las quales se establecieron muchas en los Concilios Toledanos, asistiendo el Rey, los Magnates y los Obispos, y los demas por los mismos Reyes solamente; y estas son las que se llaman leyes de los Visogodos. Algunas de ellas llevan en la inscripcion el nombre del Rey que fué su Autor; otras del Concilio en que fueron establecidas; otras solamente se dicen antiguas, que se atribuyen á Eurico ó Leovigildo, ó segun otros, fueron tomadas de las leyes Romanas, y otras no tienen inscripcion ninguna. De las que se establecieron en el Concilio Toledano IV. algunas se hallan á nombre de Sisenando y de San Isidoro Arzobispo de Sevilla, al parecer porque fueron los mas principales y distinguidos que intervinieron en él. No será fácil adelantar ó mejorar estas noticias, ni hace falta alguna que no se mejoren. Reynando el Santo Rey Fernando III. fué vertido en lengua Española en el siglo XIII. y llamado *Fuero de los Jueces*, cuyo nombre se ha corrompido en el de *Fuero Juzgo* de que usamos; y con él le hizo imprimir en Madrid el año 1600. Alfonso de Villadiego, ilustrándolo con preciosas notas; y nuevamente en Madrid tambien en 1792. Juan Antonio Llorente, Canónigo de Calahorra. El primero que lo imprimió en latin, segun fué

compuesto, ha sido el célebre Jurisconsulto Frances Pedro Pitheo, que lo publicó en París año 1579. con el título de *Codex legum Visigotorum, libri XII.*

4 Muy poco despues de la publicacion de este Código, esto es, por los años de 714. experimentó grande trastorno su observancia por la invasion de los Sarracenos, que con una rapidez increible ocuparon y sujetaron á sus armas á toda España, á excepcion de las montañas de las Provincias Septentrionales, en que recogidos los valerosos Españoles que pudieron salvarse, emprendieron poco á poco con su Rey Pelayo la reconquista que continuaron sus sucesores, hasta que á fuerza de años, trabajos é innumerables victorias, lograron completarla en el año 1492. en que los celebérrimos Reyes Don Fernando y Doña Isabel se apoderaron de la Ciudad de Granada, que fué el último retiro de los Moros. Y aunque es verosímil, que estos por su poca cultura y mucha ferocidad debieron descuidar de dar otras leyes á los que sujetaron, que las pocas que se dirigian á asegurar la sujecion y exâccion de tributos, permitiéndoles en lo demas que observáran las que antes tenian propias; con todo las tinieblas que cubren este ramo de la historia, y la ninguna falta que nos hace su averiguacion, nos mueve á no entretenernos en este particular, continuando solo la historia en lo respectivo á los que conservaron la libertad baxo la dominacion del Rey Don Pelayo y sus sucesores.

5 Muchos de estos mandaron se observára dicho Código, pero al mismo tiempo en el siglo XI. y siguiente concedieron varios fueros particulares á diferentes Ciudades y Villas con sus territorios, como lo fueron los de Sepúlveda, Escalona y otros; y á fines del siglo X. ó á principios del XI. se publicó con intencion de que fuese general el fuero llamado: *Fuero viejo de Castilla.* Desde entonces hubo bastante confusion en los Tribunales, gobernándose unos asuntos por los fueros, y otros por las costumbres, rescriptos y senten-

cias (*fazañas ó alvedríos*), y no en todas partes de una misma manera. Con efecto, Don Fernando I. en el Concilio de Coyanca (hoy Valencia de Don Juan cerca de Oviedo), mandó en el año 1050. que en Castilla se observase este fuero viejo, y en Leon el Gótico ó Juzgo y Leonés. Y considerando este mal estado de confusion, el Rey Don Alonso IX. dicho tambien X. llamado comunmente el Sábio, procuró enmendarlo, publicando en el año 1255. otro Código que se llama *Fuero de las leyes*, *fuero del libro de los Concejos de Castilla*, y con mas freqüencia *Fuero Real*, mientras disponia se formase el famosísimo de las *Partidas* de que luego hablaremos. Se halla impreso en el año 1543. con glosa extensa de Alonso Diaz de Montalvo. Cómo, quándo, y en qué Provincias se observaron este Código, y el otro dicho *Fuero viejo de Castilla*, puede verse en el discurso preliminar que pusieron Aso y de Manuel en la edicion de dicho *Fuero viejo*, que hicieron en Madrid el año de 1771. Y poco despues á últimos del siglo XIII. ó principios del XIV. se publicaron en número de 252. las leyes llamadas del *Estilo*, segun se cree comunmente, para declarar las del *Fuero Real*. No consta si son propiamente leyes ordenadas por legítima potestad, ó por el privado ó particular trabajo de algun períto. Las imprimió el año 1608. en Madrid con un extenso comentario Christobal de Paz. Algunas de ellas se hallan insertas en la *nueva Recopilacion*.

6 Llegamos ya al Código ó libro de las *Partidas*, el mas célebre de los que tenemos en España, al que todos los Autores dan los mayores elogios. Es á semejanza de las Pandectas Romanas, como el Digesto de nuestra legislacion; pues contiene con extension todas las leyes civiles, que en aquel tiempo debian observar generalmente los Españoles; y ademas varias decisiones canónicas, y lo mas principal de los misterios de nuestra santa Religion Católica, en que quiso la

piadosa religiosidad de su Autor emplear la *Partida primera.* El Santo Rey Fernando III. proyectó esta grande obra para evitar confusiones y variedades, dando uniformidad general para todos los negocios; pero prevenido por la muerte, no pudo llegar á empezarla, y la dexó encargada á su hijo el expresado Alonso el Sábio, que habiéndola empezado en la víspera del dia de San Juan Bautista del año 1255. quarto de su reynado, empleó en ella siete años cumplidos, como se lee en su *Prólogo.* Se formó en quanto á la Religion y á la Iglesia de las sentencias de los Santos Padres, y en lo demas, de usos y costumbres que parecieron útiles, y principalmente de las leyes Romanas, decidiendo algunas qüestiones que atormentaban á sus Intérpretes. Se conoce fueron sugetos de mucha ciencia y probidad los que trabajaron en ordenar este libro; pero no ha quedado de ello noticia alguna segura. Aunque se formó á mitad del siglo XIII. no se publicó hasta el año 1348. como se ve en la *l.* 1. *tit.* 28. *del Ordenamiento de Alcalá*, que hoy es la *l.* 3. *tit.* 2. *lib.* 3. *de la Nov. Rec.* á causa de las guerras y otros gravísimos negocios que ocuparon á España en aquellos tiempos. Consta de siete partes llamadas *Partidas*, de donde le ha venido el nombre, divididas en títulos, y estos en leyes.

7 Es tambien célebre el *Ordenamiento de Alcalá*, que se publicó en el año citado 1348. y contiene 32. títulos divididos en leyes; pero por quanto casi todas se han pasado á la *Recopilacion*, de que vamos á hablar, ó enteras ó con alguna leve correccion, no nos ha parecido hacer mayor relacion de él. Le imprimieron en Madrid en 1774. ilustrado con notas Aso y de Manuel. Otro Código con el título de *Ordenamiento Real* se publicó en tiempos de los Reyes Don Fernando y Doña Isabel, y es una compilacion alfabética de varias leyes ya dispersas, ya contenidas en el Fuero Real, Leyes de estilo, y Ordenamiento de Alcalá, dividi-

da en ocho libros, y dispuesta por Alonso Montalvo, quien añadió igualmente sus glosas y repertorio. Es de creer emprendiese esta obra por comision de los Reyes Católicos; pues atestiguándolo así en su prólogo, y habiéndose publicado por tres veces en vida de los mismos, á saber, en Zamora en 1485. y en Sevilla en 1492. y 1496. se le hubiera convencido de impostor ó ser falso el supuesto. Sin embargo no parece satisfizo las medidas de Don Fernando y Doña Isabel, puesto que jamás le dieron su fuerza confirmatoria, y esta es la razon por qué esta coleccion se considera de autoridad privada, y sus leyes sin mas fuerza que la que tuvieron en su original, segun prueba el Señor Márcos Solon de Paz en la *l.* 1. *de Toro n.* 275. Sin embargo el título de Ordenamiento Real, la comodidad de la obra dividida por órden alfabético, la dió tal autoridad con el tiempo, que se creyó que la *l. de Toro* hablaba de este Ordenamiento, quando en realidad solo habló del de Alcalá, toda vez que la dicha *l. de Toro* no hace otro que renovar la observancia de lo prevenido en la *l.* 1. *tit.* 28. *de dicho Ordenamiento.* Diego Perez de Salamanca, baxo los auspicios de Cárlos V. publicó en 1560. sus comentarios á esta compilacion. Así lo refiere el eruditísimo Padre Burriel en su carta á Don Juan Amaya, que se halla impresa en un tomo en 4.º Lo mismo en substancia dicen Franckenau y Mesa, con la diferencia de que cuentan por la primera la citada edicion del año 1496.

8 El último Código de nuestras leyes, se llama la *Recopilacion*, porque en él se han recopilado ó recogido varias antiguas, que divagaban, ó no estaban insertas en los Códigos anteriores, otras que estaban en ellos, ó enteras ó corregidas en alguna parte, segun así lo quiso Felipe II. su autor, acomodándolas á lo que pedia el estado que entonces tenian las cosas. Consta de 9. libros divididos en títulos, y estos en leyes. Para ordenarlo fué nombrado el Doctor Pedro Lopez de Al-

cocer, Abogado de Valladolid, y por su muerte el Doctor Escudero, del Real Consejo y Cámara, y fallecido este el Licenciado Pedro Lopez de Arrieta, del mismo Consejo, que aunque trabajó mucho como sus antecesores, murió tambien antes de poder concluir la obra, que despues de sus dias perfeccionó el Licenciado Bartolomé de Atienza, del propio Consejo, que concluida presentó al mismo Felipe II. que aprobó el Código, mandándolo imprimir y observar, como se lee en su *Pragmática de* 14. *de Marzo de* 1567. que se halla á la frente de dicho Código, que ha sido reimpreso muchas veces, añadiendo las leyes que posteriormente se han establecido. De esta Recopilacion se considera parte una coleccion de Autos-Acordados por el Consejo, y aprobados por el Rey, en que se sigue el mismo órden de libros, y suele ir impresa en un tomo separado (1).

9 En esta Recopilacion se hallan tambien esparcidas, segun lo ha exîgido la materia de que tratan, las famosas 83. *leyes de Toro*, que ha ilustrado Antonio Gomez, con comentario muy largo y docto. Se compusieron y ordenaron baxo los auspicios de Don Fernando y Doña Isabel en las Cortes de Toledo, celebradas en el año 1502. y se llaman sin embargo *de Toro*, porque no habiendo podido publicarse en las referidas Cortes, primero por la ausencia de Don Fernando, y despues por la muerte de Doña Isabel, se logró finalmente su publicacion en las Cortes que el año 1505. se celebraron en la Ciudad de Toro, para jurar por Reyna á Doña Juana, y nombrar por Gobernador á Don Fernando su padre; y esta es la causa de atribuirse en la Recopilacion estas leyes á Don Fernando y Doña Juana, esto es, al primero por Gober-

(1) En la edicion que se ha hecho de la Novísima Recopilacion, se han incorporado todas estas colecciones y las Reales Ordenes hasta el año de 1806.

nador y Administrador, y á la segunda como Reyna de Castilla: segun todo consta en la pragmática confirmatoria de las mismas leyes, que pueden verse en sus comentadores Fernando Gomez Arias y Juan Guillem de Cervantes.

10 Omitimos hacer mencion de los innumerables Fueros particulares que concedieron varios Reyes á diferentes Ciudades y Villas con sus territorios, por considerar, que para la historia del derecho general de España que escribimos, traería mas confusion que utilidad. De muchos de ellos hablan Aso y de Manuel en la instruccion que pusieron á la frente de sus Instituciones.

11 La misma necesidad que obligó á Justiniano, despues de haber ordenado el Cuerpo del derecho Romano, á establecer nuevas leyes, á que llamó *Novelas*; ha precisado y precisará siempre á nuestros Reyes á hacer lo mismo; porque la naturaleza en todo tiempo fértil en producir nuevos casos y necesidades, no puede dexar de exîgir nuevas constituciones que nos sirvan de luz y remedio en este particular, las quales por mas modernas corrigen las leyes mas antiguas en quanto les son contrarias.

12 La citada *l.* 3. *tit.* 2. *lib.* 3. *de la Nov. Rec.*, nos pone el órden que debemos seguir en la observancia de nuestras leyes, diciendo que primero hemos de seguir las leyes de la *Recopilacion*, y las que se han establecido despues de ellas, con la advertencia, que las mas antiguas ceden á las mas recientes que les son contrarias (1): y en segundo lugar las del *Fuero Real*, *y Fueros Municipales*: y últimamente las de las siete *Partidas*. Y advierte la *misma ley*, que las de los Fueros tan solamente se deben guardar en quanto esten en uso, cuya limitacion tiene lugar en las de los *Fueros Municipales*, pero no en las del *Fuero Real*, co-

(1) *L.* 8. *de Legib.*

mo prueba Don Juan Hilarion Pastor en su *Disertacion histórico-legal sobre sucesiones de Monasterios, disc. 4. n. 153. y siguientes*, y lo convence la *cédula de 15. de Julio de 1788.* que copia Febrero en su *Librería de Escribanos tomo 1. cap. 6. §. único, núm.* 20. Y manda tambien *d. l.* 3. que deben ser guardadas las leyes de la *Recopilacion y Partidas*, aunque no estuvieren en uso. Se reprueba pues el uso contrario á estas leyes: lo que entendemos del que se observaba al tiempo de la publicacion de *d. l.* 3. pero no del de las legítimas costumbres que se han introducido despues, como lo explica Mesa en su *d. Arte lib. 2. cap. 1. nn. 31. y* 32.

13 Creemos bastar esta breve relacion para nuestro instituto, dirigido mas á manifestar el derecho constituido que el constituyente. Quien la quiera mas extensa podrá verla en Franckenau, Mesa, Aso y de Manuel, y otros varios.

ILUSTRACION

DEL DERECHO REAL DE ESPAÑA.

LIBRO I. TITULO I.

DE LA JUSTICIA, Y DEL DERECHO.

Tit. 1. y 2. P. 1. y Tit. 1. P. 3. (1).

1. *Qué cosa sea justicia.*
2. *Varias significaciones de la palabra* derecho, *y sus preceptos.*
3. 4. 5. *y* 6. *Division del derecho en natural, de gentes y civil.*
7. 8. *y* 9. *De la ley general y de los privilegios.*
10. 11. *y* 12. *De la costumbre.*

1 JUsticia, segun la *ley* 1. *título* 1. *Partida* 3. es *Raygada virtud, que dura siempre en las voluntades de los omes justos, e da e comparte a cada uno su derecho egualmente.* Esta difinicion está tomada de la que puso el Emperador Justiniano (2) á la qual es conforme. Por ella se vé, que el objeto de la justicia es el derecho de cada uno, y el fin que á qualquiera se le dé el suyo. Esta difinicion lo es de la justicia, en quanto es hábito ó virtud del entendimiento; pero si la consideramos con respecto á sus actos, consiste en dar á cada uno lo qne es suyo; de suerte que la tendrán aquellos, y no otros, en que esto suceda, sin atender á que nazcan ó no de hábito virtuoso. Será pues acto de justicia la sentencia en que me da lo que es mio un Juez in-

(1) *Tit.* 1. *lib.* 1. *Inst.* (2) *Princ. Inst. de just. et jur.*

clinado y acostumbrado á dar á unos lo que es de otros. Dividen los Autores la justicia en distributiva y comutativa. Esta es la que da á cada uno lo que es suyo, ó se le debe por razon de contrato, ú otra causa legítima obligatoria. Distributiva la que distribuye y da premios, honores, oficios, cargas ó penas, segun los méritos, prendas, bienes ó delitos de cada uno. Esta exerce Dios con nosotros quando morimos.

2 La palabra *derecho*, se puede tomar de varias maneras: ó por lo mismo que ley ó precepto, como quando decimos, así lo manda el derecho natural, de gentes, civil, canónico: ó por el objeto ó cosa mandada por las leyes, y en este sentido se toma en la definicion que acabamos de dar. En la primera significacion se uniforma con la voz *justicia*, y segun ella dice la *ley 3. tit. 1. P. 3. Los mandamientos de la Justicia e del derecho son tres. El primero es, que ome viva honestamente quanto en sí. El segundo, que non faga mal, nin daño a otro. El tercero, que dé su derecho a cada uno* (1).

3 En dicha primera significacion se divide el derecho de varios modos. Primero, en natural, de gentes y civil, *l. 2. tit. 1. P. 1.* (2). En esta division tomada latamente, baxo del nombre *civil*, se entiende tambien el canónico, que han establecido los hombres; pero aquí solo hablamos del civil en especie. La *misma ley 2.* dice ser el derecho natural: *El que han en sí los omes naturalmente, e aun las otras animalias, que han sentido*: y en seguida pone por exemplo el ayuntarse el macho con la hembra, y la crianza de los hijos por los padres, siguiendo en un todo á Justiniano (3). Pero advertimos, como los Intérpretes del derecho Romano, no deber entenderse esto con propiedad; porque los brutos por incapaces de razon, lo son tambien de derecho. Y esto mismo reconoce Gregorio Lopez en la *glosa 1. de dicha ley 2.* quando trae otra definicion del derecho natural, se-

(1) §. 3. *Inst. lib. 1. tit. 1.* (2) §. 3. *eod in fine.* (3) *Princ. Inst. lib. 1. tit. 2.*

gun la racionalidad, diciendo ser: *Una razon de la naturaleza humana esculpida en la criatura, para hacer lo bueno, y evitar lo malo.*

4 Dice tambien *dicha ley* 2. ser el derecho de gentes: *Un derecho comunal de todas las gentes, el qual conviene a los omes, e non a las otras animalias.* No hallamos expresa en nuestro derecho la subdivision del derecho de gentes en primario y secundario, que indicó claramente el Emperador Justiniano, (1), y hacen los Intérpretes del derecho Romano, diciendo ser primario el que dimana de sola la razon que Dios estampó en nuestras mentes, sin necesidad alguna de raciocinio ni reflexîon, como es dar culto à Dios, reverenciar à los padres, &c. y á este quiso referirse Gregorio Lopez en su citada definicion del derecho natural; porque hablando con propiedad, este y no otro es el derecho natural. No reconocemos pues diferencia entre el derecho natural y el de gentes primario.

5 El derecho de gentes secundario, dicen los Doctores ser aquel, que dimana tambien de la razon natural, pero auxiliada de reflexîones y argumentos que han hecho conocer al hombre su utilidad y necesidad; y á él deben su orígen casi todos los contratos, y la division de los dominios, &c. Y á este derecho, por dimanante de la razon natural, que ha precisado á los hombres á introducirlo, se le da tambien algunas veces el nombre de natural, *l.* 31. *tit.* 18. *P.* 3. y en su *glos.* 1. Gregor. Lop. (2). Y se entiende siempre que se dice simplemente derecho de gentes.

6 El derecho civil finalmente es el que han establecido los hombres por su mera voluntad, que siempre deben dirigirla á lo justo, y conforme á la voluntad de Dios; y con este respecto dicen la *ley* 4. *tit.* 1. *P.* 1. y la *ley* 1. *tit.* 2. *lib.* 3. *de la Nov. Rec.* que los mandamientos de la ley deben ser leales e cumplidos, segun Dios e se-

(1) §§. 1. *et* 2. *Inst. lib.* 1. *tit.* 2. (2) §. 11. *Inst. lib.* 2. *tit.* 1.

gun justicia. En nuestra España solo el Rey puede hacer leyes, *l.* 12. *tit.* 1. *P.* 1. *l.* 2. *tit.* 1. *P.* 2. *l.* 3. *tit.* 2. *lib.* 3. *de la Nov. Recop.* y solo él ó la antigua costumbre pueden declarar ó interpretar las que apareciesen dudosas, *l.* 14. *d. tit.* 1. *P.* 1. *l.* 4. *tit.* 33. *P.* 7.

7 El derecho se divide en segundo lugar, ó por decirlo mejor, el derecho civil se subdivide en escrito ó no escrito, *l.* 4. *tit.* 1. *P* 1. junta con la 4. *tit.* 2. *P.* 1 (1). Entendemos por escrito el expresamente establecido, que con un solo nombre llamamos *ley*, y por no escrito la costumbre legítima. La ley, segun Ciceron en el *lib.* 1. *de legib. cap.* 6. se dice así á *legendo*, en quanto esta voz latina significa escoger: porque ella escoge mandando lo honesto, y prohibiendo lo contrario: pero Varron y otros juzgan se deriva de la voz *leer*, por quanto se leia al Pueblo, para que la supiese. Y añade el mismo Ciceron, que freqüentísimamente se llama ley la que por escrito manda lo que quiere. Al tenor de la doctrina de Ciceron se acomodó enteramente la *ley* 4. *d. tit.* 1. *P.* 1. en que la ley se difine así: *Leyenda en que yace enseñamiento e castigo, e escrito, que liga e apremia la vida del hombre que no faga mal, e muestra e enseña el bien que el hombre debe facer e usar*. Gregorio Lopez en la *glosa* 1. *de esta ley*, inclina á que segun esta definicion, pertenece á la substancia de la ley el estar escrita, refiriendo la opinion contraria de los Autores en quanto al derecho Romano. Dicen las leyes respecto à solos los negocios futuros ó venideros, *l.* 15. *tit.* 14. *P.* 3. (2), sino es que se refieran expresamente á los ya pasados, como sucede en *la* 6. *y* 8. *tit.* 15. *lib.* 10. *de la Nov. Rec. y otras.* (3). Se constituyen sobre cosas que suceden à menudo (4), y las que acontecen raras veces se gobiernan por las establecidas en casos semejantes, *regla* 36. *P.* 7. Saber las leyes no consiste solo en aprenderlas de memoria, sino en en-

(1) §. 3. *Inst. lib.* 1. *tit.* 2. (2) *L.* 7. *C. de legib.* (3) *D. l.* 7.
(4) *L.* 3. *cum aliquot seqq. de legib.*

tender su verdadero sentido, *l.* 13. *tit.* 1. *P.* 1. (1). El efecto de la ley, dice *la* 1. *tit.* 2. *lib.* 3. *de la Nov. Rec.* es mandar, vedar, punir y castigar; pero parece claro que donde se lee *punir*, debe leerse *permitir* (2). Obliga la ley luego que se publica, si no es que exprese ella misma el tiempo en que debe empezar à obligar: lo que sucede algunas veces.

8. La ley regularmente obra generalmente en todos los súbditos del Legislador, obligándoles á su observancia, *l.* 16. *d. tit.* 1. *P.* 1. Digo regularmente, porque hay algunas leyes especiales, que solo dicen respecto á personas ó cuerpos particulares: las quales se llaman *privilegios*, y tienen la misma fuerza para obligar, que las leyes generales, *l.* 28. *tit.* 18. *P.* 3. Se dividen los privilegios en reales y personales. Estos se acaban con la persona á quien se concediéron, sin pasar á sus herederos, sino es que se dixera otra cosa en su concesion, *regla* 27. *Part.* 7. (3). Y los reales son perpetuos: tales se presumen los concedidos á ciertas Iglesias, Ciudades ú otros lugares, Gregor. Lop. en la *glos.* 1. *de d. reg.* 27. y en la *glos.* 3. *l.* 9. *tit.* 7. *P.* 5.

9 Aunque los privilegios tienen fuerza de obligar, como hemos dicho, hay algunos que las mismas leyes mandan que no se cumplan, como son los que se concedieren contra la pública utilidad, ó contra el derecho de gentes en perjuicio de tercero, *l.* 30. *y siguientes*, *tit.* 18. *P.* 3. *ley* 4. *tit.* 9. *lib.* 4. *de la Nov. Rec.* La razon es, porque semejantes privilegios ó cartas se entienden y dicen obrepticios ó subrepticios, esto es, concedidos al abrigo de expresa mentira, ó de haberse ocultado la verdad; y entónces la voluntad del Rey es que no valgan, *l.* 36. *d. tit.* 18. *P.* 3. (4); y á este fin quiere se le represente siempre que ocurra caso de esta naturaleza, *d. ley* 4. Y

(1) *L.* 17. *eod.* (2) D. *l.* 7. *l.* 9. Q. C. *de Legib.* (3) *L.* 68. *l.* 196. *de div. reg. jur.* (4) *L.* 7. C. *de div. rescrip. l. pen. et l. ult.* C. *si cont. jus v. ult.*

generalmente de qualquier carta del Rey de esta especie mandan la *l.* 4. *tit.* 4. *lib.* 3. *Nov. Rec.* que sea obedecida y no cumplida, aunque contenga expresiones mas anchas y derogatorias de todas especies de ellas y aun de estas mismas. Pero sí que vale la concesion de moratoria, por la que se les alarga á los deudores el plazo de las deudas que deben satisfacer, con tal que den fiador de que las pagarán en el término señalado en la moratoria, *l.* 33. *d. tit.* 18. *P.* 3. (1), cuyos fiadores deben ser á satisfaccion de los acreedores, *ley* 1. *tit.* 33. *lib.* 11. *Nov. Rec.*

10 Costumbre es, *Derecho o fuero que non es escripto: el qual han usado los omes luengo tiempo, ayudándose de él en las cosas en las razones, sobre que lo usáron*, como se dice en la *ley* 4. *tit.* 2. *P.* 1. Para que se entienda legítimamente introducida requiere la *ley* 5. *del mismo título*, el uso del Pueblo ó mayor parte de él, por 10. ó 20. años, sabiéndola el Señor de la tierra, e no lo contradiciendo, e teniéndolo por bien. Y añade, que debe ser tenida e guardada por costumbre, si en este tiempo mismo fueren dados concejeramente dos juicios por ella. Pero Gregorio Lopez en la *glosa* 4. *de esta ley* dice absolutamente, que bastan 10. años, dando la sólida razon, que por estar el Pueblo siempre presente, no se debe cuidar de los 20. años que se dan en la prescripcion contra los ausentes: de suerte, que segun este insigne Autor, se puso incautamente lo de 20. al parecer, siguiendo inadvertidamente la constante doctrina ordinaria de las prescripciones.

11 El mismo en las *glosas* 7. *y* 8. exâmina latamente lo que dice la ley en quanto à requerir dos juicios ó sentencias; y resuelve ser solamente necesarias, quando se requiere probar la costumbre por actos judiciales: de manera, que la ley manifiesta un modo de probar sin excluir otros. Y el computar el número de los actos nece-

(1) *L. 2. l. 4. C de precib. Imper. offer.*

sarios, lo remite al arbitrio de Jueces, expresando circunstancias para regularlo. Nos parecen muy sólidas y juiciosas estas tres glosas.

12 La costumbre legítima tiene fuerza de ley, y de consiguiente tiene sus efectos, no solo quando no hay ley en contrario, sino tambien para derogar la anterior que fuere contraria; y para interpretar la dudosa que debe observarse segun la interpretó la costumbre, *l.* 6. *d. tit.* 2. *P.* 1. (1). Y de ahí viene decirse, que hay costumbre fuera de la ley, contra la ley, y segun la ley. Pero debe advertirse, que se ha de introducir con derecho, razon, y sin que sea contra la ley de Dios, ni contra señorío, esto es, contra la suprema jurisdiccion del Rey, ni contra derecho natural, ni contra procomunal de toda la tierra ó lugar do se hace: pues de otra suerte no seria buena costumbre, mas dañamiento de los que la usaren, e de toda justicia, *d. l.* 5. *tit.* 2. *P.* 1. ó, segun solemos decir, corruptela. Todas las *leyes del tit.* 4. *lib.* 7. *Nov. Rec.* manifiestan la benigna voluntad con que desea y manda el Rey que se guarden á los pueblos los usos y costumbres que tuviesen de elegirse y nombrarse Oficiales para su gobierno, manifestando con ello, que nada tienen de perjudicial al público.

13 Sentados estos preliminares, y adoptando la division de los objetos del derecho en personas, cosas y acciones que hizo Justiniano en sus Instituciones, y método en tratar de cada uno de ellos, empezamos por el primero, en el título siguiente.

(1) *L.* 37. *l.* 38. *de legib.*

TITULO II.

DEL ESTADO DE LOS HOMBRES, Y DERECHO QUE EN SU RAZON CORRESPONDE (1).

Títulos 21. 22. y 23. Partida 4.

1. *Qué cosa sea estado de los hombres, y su division.*
2. 3. *y* 4. *Varias divisiones de los hombres, segun el estado natural.*
5. 6. 7. 8. 9. 10. *y* 11. *Division de los hombres, segun el estado civil, en libres y siervos; y qué sea servidumbre, y qué libertad.*
12. 13. *y* 14. *Division de hombres libres en nobles y plebeyos; y de los privilegios de los nobles.*
15. 16. 17. *y* 18. *Division de hombres en Eclesiásticos y seculares.*
19. *Division de hombres en vecinos y no vecinos.*

1 EStado de los hombres no es otra cosa, que: *Condicion o manera, en que los omes viven o están, l. 1. tit.* 23. *P.* 4. Esta condicion viene, ó de la misma naturaleza, ó de la voluntad de los hombres, y por eso el estado de los hombres se divide en natural y civil.

2 Segun el natural estado de los hombres, unos son nacidos, otros por nacer ó concebidos en el vientre de sus madres. Estos quando se trata de su bien ó comodidad, se consideran nacidos, *l.* 3. *d. tit.* 23. *P.* 4. (2) con tal que despues nazcan vivos; pues si nacieren muer-

(1) *Tit. 3. lib. 1. Inst.* (2) *L. 7. de stat. hom.*

tos, se reputan no nacidos, *l.* 8. *tit.* 33. *P.* 7. (1). Y es menester advertir, que para tenerse por nacido vivo en quanto á los efectos del derecho, requiere la *ley* 2. *tit.* 5. *lib.* 10. *de la Nov. Recop.* que nazca todo vivo, y haya vivido 24. horas, y sido bautizado; y ademas nacido en tiempo en que pueda naturalmente vivir: cuyo tiempo explica la *ley* 4. *tit.* 23. *P.* 4. Los que nacen con miembros multiplicados ó menguados, como con una ó tres manos ó pies, son contados por hombres, *l.* 5. *d. tit.* 23. *P.* 4. (2). Pero no los que nacen sin figura de hombre, como si tuviese cabeza, ú otros miembros de bestia, *d. l.* 5. *d. l.* 8. (3).

3 En segundo lugar hay tambien diferencia, segun el estado natural de los hombres entre varones y hembras: las quales tambien se entienden baxo la palabra *hombre*, á excepcion de aquellos asuntos ó negocios en que las leyes las excluyen, *l.* 6. *d. tit.* 33. *P.* 7. (4). Aunque por lo comun y en caso de duda tienen el mismo derecho las hembras que los varones, con todo, por quanto las leyes se acomodan á lo que regularmente sucede, y por lo regular los varones exceden en prudencia y constancia de ánimo á las hembras, y estas tienen la naturaleza mas flaca, hày un axîoma que dice: *Los varones por razon de la dignidad, y las hembras en quanto aquellas cosas en que excusa la fragilidad del sexô, son de mejor condicion.* De ahí viene, que solo los hombres son capaces de los oficios públicos, argumento de *l.* 4. *tit.* 4. *P.* 3. (5), y que á las hembras no les daña el no saber las leyes, *l.* 31. *tit.* 14. *P.* 5. (6), y otras diferencias que se observan en el derecho entre varones y hembras, y se notarán en los lugares oportunos.

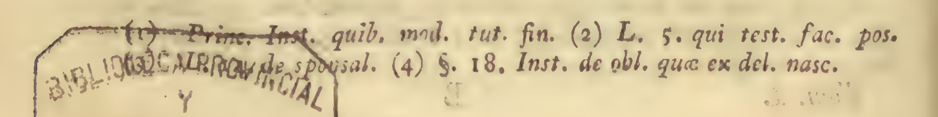
4 Tambien se diferencian los hombres segun este estado por razon de la edad, en que unos son mayores

(1) *L.* 129 *de verb. sign.* (2) *L.* 14. *de stat. hom.* (3) *D. l.* 14. (4) *L.* 152 *de verb. signific.* (5) *L.* 2 *de div. reg. jur.* (6) *Lib.* 9. *de jur. et fact. ignor.*

de 25. años, y otros menores, y entre ellos hay la notabilísima diferencia de competir á estos, quando recibieron perjuicio, la restitucion *in integrum*, de la que hablaremos en su lugar, y no á aquellos. De los menores los que han cumplido 14. años, se llaman púberes, y los otros impúberes. En las leyes Romanas son muy freqüentes estos nombres, como tambien, que las hembras se hacen púberes al cumplir los 12. años, y los varones quando cumplen los 14. En las nuestras no se encuentran semejantes expresiones: pero sí establecidos los mismos efectos de esta diversidad, que sentaron las Romanas, como son, que las hembras en dicha edad de 12. años, y los varones en la de 14. y no antes se pueden casar, *l.* 6. *tit.* 1. *P.* 4. salen de la tutela, *l.* 21. *tit.* 16. *P.* 6. (1), y pueden hacer testamento, *l.* 13. *tit.* 1. *P.* 6. (2). Los que no han cumplido 7. años se llaman infantes, *l.* 1. *tit.* 7. *P.* 2. *l.* 4. *tit.* 16. *P.* 4. (3); y las leyes de los Romanos, haciendo uso de los nombres, infancia y pubertad, llaman *infantiæ proximos* á los que estan mas cerca de la infancia que de la pubertad, y á los otros *pubertati proximos*. Y en esto sucede lo mismo que acabamos de decir de los púberes é impúberes, es decir, que aunque no se hallen estas expresiones en nuestras leyes, sino con relacion á las Romanas, se observan los mismos efectos que admitieron estas, qual es entre otros, que los próxîmos á la pubertad, esto es, segun la expresion de nuestras leyes, los que han cumplido 10. años y medio, se reputan capaces de dolo, y por ello deben sufrir algunos castigos, y no los próxîmos á la infancia, *l.* 9. *tit.* 1. *P.* 7. *l.* 17. *tit.* 14. *d. P.* 7. *y otras* (4).

5 Segun el estado civil se dividen los hombres en libres, siervos ó esclavos, y aforrados: asi lo dice el *principio del título* 23. *P.* 4. añadiendo ser aforrados, los que en latin llaman libertos. En los mismos términos se ex-

(1) *Princ. Inst. quib. mod. tut. fin.* (2) *L.* 5. *qui test. fac. pos.* (3) [illegible] *de sponsal.* (4) §. 18. *Inst. de obl. quæ ex del. nasc.*



plicó Justiniano en el *princ. de sus Inst. lib.* 1. *tit.* 5. Pero debemos advertir, que para la mayor claridad de esta division trimembre, se pueden partir en dos bimembres, diciendo que los hombres, unos son libres, y otros siervos ó esclavos; y los libres, unos que no han sido siervos, y otros que lo han sido. Las leyes Romanas llaman á los primeros *ingenuos* (1), y á estos *libertinos o libertos* (2): pero las nuestras no tienen nombre especial para significar aquellos, y á estos les apellidan *aforrados* ó *forros*, y al manumitir de los Romanos, *aforrar*, *l.* 11. *tit.* 22. *P.* 4. *y otras.* Sea pues esta la primera subdivision de los hombres libres.

6 Servidumbre, de la que toman nombre los siervos, es: *Postura, e establecimiento, que ficieron antiguamente las gentes, por la qual los omes, que eran naturalmente libres, se facen siervos: e se meten a señorio de otro contra razon de natura*, segun la *ley* 1. *tit.* 21. *P.* 4. (3), la qual expresa tambien ser de tres maneras los siervos. La I. los que cogen en la guerra, siendo enemigos de la fe. La II. los que nacen de las siervas. La III. quando un hombre, siendo mayor de 20. años se dexa vender (4). Y si bien es verdad que en el dia son ya rarísimos en España los siervos, y que se acabarán presto del todo, si dura la paz que tenemos con los Mahometanos; con todo nos ha parecido notar ligeramente lo que de ellos establecen nuestras leyes.

7 Aunque los que nacen de ambos padres libres, siguen la condicion del padre en quanto á los honores y fueros del siglo: con todo, quando uno de los dos no lo es, siguen la de la madre en quanto á la libertad ó servidumbre. Los hijos pues de la madre libre, lo serán tambien, aunque el padre sea siervo. Y basta para esto, que lo sea ó al tiempo de parir, ó que lo hubiese sido algun instante mientras llevase al hijo en el vientre, *l.* 2. *tit.* 21. *P.* 4. (5).

(1) *Princ. Inst. de ingen.* (2) *Princ. Inst. de libert.* (3) §. 2. *Inst. de jur. person.* (4) §. 4. *de jur. person.* (5) *Princ. Inst. de ingen.*

8 Los amos ó señores pueden hacer de sus siervos lo que quisieren. Pero con todo esto, no los deben matar, ni lastimar; porque sin mandamiento del Juez no los deben herir de manera que sea contra la razon natural. Y los siervos que fuesen asi maltratados, pueden quejarse al Juez, que debe exâminar si es verdad, y siéndolo vender los siervos, y dar el precio á su señor, sin que puedan jamas volver á su dominio, *l.* 6. *d. tit.* 21 (1). Mas quanto adquiere ó gana el siervo es para su señor, *l.* 7. *d. tit.* 21. (2).

9 Judío, ni Moro, ni Herege, ni otro ninguno, que no sea de nuestra ley, no puede haber Christiano ninguno por siervo. Y si qualquier de estos tuviese siervo que no fuese de nuestra ley, si aquel siervo se tornare Christiano, se hace libre por ello, luego que se hace bautizar, y recibe nuestra fe, sin que recobre derecho en él su antiguo señor, aun en el caso que él tambien se tornase Christiano, *l.* 8. *d. tit.* 21. *P.* 4.

10 El *título* 22 *de la P.* 4. trata de la libertad, y su *ley* 1. dice, que es: *Poderio que ha todo ome naturalmente de facer lo que quiere, solo que fuerza o derecho de ley o de fuero non gelo embargue* (3). De los que siempre lo han tenido llamados por los Romanos ingenuos, como diximos, unos están baxo la patria potestad, otros en tutela ó curadoría, y otros del todo independientes de algun otro, de todos los quales luego tratarémos, despues de haber hablado de los aforrados que ántes fueron siervos, y de otras divisiones de los hombres libres. Aforrar, á lo que llaman *manumittere* las leyes Romanas, es: *Dar libertad á los siervos.* Lo puede hacer su señor en la Iglesia, ó delante del Juez, ó en otra parte, ó en testamento, ó sin testamento, ó por carta, *l.* 1. *d. tit.* 22. (4).

11 Hay tambien varios casos, en que los siervos se hacen forros ó libres sin aforramiento de sus señores, ó

(1) §. 2. *Inst. ne his qui sui v. al. jur. sunt.* (2) §. 3. *Inst. per quas pers. cuiq. acs.* (3) §. 1. *Inst. de jur. pers.* (4) §. 1. *Inst. de libertin.*

por alguna accion gloriosa que hicieron (1), ó en castigo de maldad de sus amos. Se refieren en las *leyes* 2. 3. 4. 5. *y* 6. *del mismo tit.* 22. No los expresamos aquí, por considerar ser poco ménos que imposible, que sucedan en España. En la 7. se establece, que aquel siervo, que con buena fe se trata como libre por 10. años en el Lugar donde more el señor, ó 20. en otro, ó sin buena fe por 30. sea libre. Y en las quatro siguientes y últimas del *título* se trata de los derechos, que el señor que aforró llamado en las Leyes de Romanos *patronus*, tiene en la persona y bienes del aforrado.

12 La segunda subdivision de los hombres libres es en Nobles y Plebeyos. En ella tomamos lata y generalmente la palabra *Nobles*, para que comprehenda á los Nobles en especie, Caballeros é Hidalgos, sin entretenernos en explicar con separacion estos tres géneros de nobleza y sus diferencias, por ser de poco momento, y estar en el dia casi enteramente confundidas. Quien quisiere, las puede ver en García, Otalora y otros que han escrito ex profeso de este asunto. Solo pues dirémos, que la nobleza tomada así generalmente, es: *Calidad de distincion, que por razon de su estado eleva al hombre á una clase superior á la regular ú ordinaria de los otros hombres.* Unos la tienen de inmemorial, sin que sepa como y quando la obtuvieron sus predecesores, y esta es la mejor, *l.* 2. *tit.* 21. *P.* 2. *al fin.* Otros porque han justificado posesion de 20. años en sí, sus padres y abuelos, al tenor de la famosa *ley de Córdoba*, que es *la* 4. *tit.* 27. *lib.* 11. *de la Nov. Rec.* Y otros por declaracion ó privilegio que el Rey les ha otorgado.

13 Los privilegios ó esenciones que gozan los Nobles á diferencia de los Plebeyos, son varios. Los principales se reducen á cinco. I. Franqueza de los pechos ó tributos plebeyos, *l.* 3. *tit.* 2. *lib.* 6. *Nov. Rec.* aun con respecto á los bienes que compraren de pecheros, *l.* 1. y 3. *tit.* 18. *d.*

(1) *Tit. C. pro quib. caus. serv. pro præm. liber. acq.*

lib. 6. Pero sí deben pagar y contribuir en el reparo de muros, cercas, fuentes y puentes, *l.* 50. *d. tit.* 18. Y de la misma esencion gozan tambien las viudas de los Nobles miéntras lo fueren, ó no estuvieren casadas despues con un pechero, y lo mismo las nobles viudas de pecheros, *l.* 7. *tit.* 20. *d. lib.* 11. (1); de suerte que al paso que las viudas, mientras lo son, conservan la condicion de nobleza, y prerogativas de sus difuntos maridos, recobran su nativa nobleza, que perdieron por haberse casado con plebeyo. Con efecto siempre hemos visto, que las de los Maestros Boticarios, y de otra profesion han exercido por medio de criados peritos la facultad ú oficio de sus maridos: cuya costumbre se halla aprobada en los estatutos de diferentes Oficios. Pero nuevamente por cédula de 19. de Mayo de 1790. *que es la ley* 13. *tit.* 23. *lib.* 8. *de la Nov. Rec.* ha declarado y mandado el Rey, que puedan mantenerse en el exercicio y gobierno de sus tiendas y obradores aquellas mugeres, que muerto su primer marido, que como Maestro las gobernaba, se casaren con otro que no lo fuere, derogando todos los estatutos contrarios. Y la gozan asimismo los Graduados de Doctor, Maestro ó Licenciado en las Universidades de Salamanca y Valladolid, y Colegiales Graduados en el Colegio de la Universidad de Bolonia, *l.* 14. *tit.* 18. *lib.* 6. *Nov. Rec.* lo que se extendió á los Doctores, Maestros y Licenciados en Teología, Cánones, y Medicina de la Universidad de Alcalá de Henares, *l.* 15. *d. tit.* 18. II. No pueden ser encarcelados por deudas que deban, salvo si no fueren Arrendadores, ó Cogedores de pechos Reales, *l.* 2. y 15. *tit.* 2. *lib.* 6. *Nov. Rec.* Ni pueden ser prendadas por deudas las casas de su morada, ni los caballos, ni las mulas, ni las armas de su cuerpo, sin que puedan renunciar estas preeminencias, baxo la pena de diez mil maravedís contra el escribano que en sus obligaciones pusiere estas nulas renuncias, *l.* 13. *d.*

(1) *L.* 8. *de renator.*

*tit.*2.*lib.* 6. *de la Nov. Rec.* Este privilegio no tiene lugar si la deuda viniese de delito ó quasi delito, porque entonces pueden ser encarcelados, *l.* 10. *d. tit.* 2 bien que deberán estar presos en cárcel apartada de la que tienen los pecheros, *l.* 11. *d. tit.* 2. III. Ni pueden ser puestos á tormento, *l.* 2. *tit.* 30. *P.* 7. *l.* 2. y 13. *d. tit.* 2. *lib.* 6. *de la Nov. Rec.* IV. No se les puede condenar á que se desdigan de haber injuriado á otro: pero han de sufrir en su lugar otras penas, *l.* 1. *tit.* 25. *lib.* 12. *de la Nov. Rec.* como verémos en el *lib.* 2. *tit.* 20. *n.* 16. V. Pueden usar de pistolas de arzon, quando vayan montados en caballo, y en trage decente interior segun la pragmática del año 1761. que es la *ley* 19. *tit.* 19. *lib.* 12. *Nov. Rec.*

14 Plebeyos ó pecheros son todos los que no son Nobles, y suelen decirse del estado llano. No gozan de los privilegios que acabamos de referir: pero por lo mucho que trabajan, fuertes y robustos que les hace el trabajo, son el nervio del estado.

15 La tercera subdivision de hombres libres es en Eclesiásticos ó Clérigos, y legos, *l.* 2. *tit.* 23. *P.* 4. Y de los primeros unos son Regulares ó Religiosos, y otros Seculares. Regulares dice la *ley* 1. *tit.* 7. *P.* 1. son: *Aquellos que dexan todas las cosas del siglo, e toman alguna regla de religion para servir a Dios, prometiéndola de guardar.* Seculares por lo contrario son: *Los que no han profesado religion alguna de las aprobadas*, y son llamados por lo comun simplemente *Clérigos.* Y adviértase, que tambien y con freqüencia por esta voz *Seglar* ó *Secular* se significa al Lego, ó no Eclesiástico.

16 Dexamos para los Canonistas el tratar de los diferentes grados de Eclesiásticos que constituyen su gerarquía, y de sus prerogativas y privilegios espirituales ó canónicos; contentándonos con referir los que dicen respecto al gobierno civil en la manera siguiente. I. Son francos ellos, y las Iglesias, Monasterios y Prelados de pagar el derecho de alcabala, por razon de las ventas de sus bienes ó trueques por lo que á ellos toca, *l.* 8.

tit. 9. *lib.* 1. *de la Nov. Rec.* mas no en lo que vendieren por via de mercadería, trato y negociacion, *l.* 8. *d. tit.* 9. Pero no alcanza esta esencion de alcavala ú otros pechos á los Clérigos de corona y menores Ordenes, sino es que tuvieren Beneficio Eclesiástico, *l.* 7. *tit.* 10. *lib.* 1. *de la Nov. Rec.* los quales, segun esta *misma ley*, han de ser habidos por legos, á excepcion del privilegio del Fuero de que gozan aquellos que tienen las circunstancias, que exîgió el Concilio de Trento, adoptadas en la *ley* 6. *de d. tit.* 10. Y ninguno de aquellos, á quien competa este privilegio, puede por el tiempo que pudiere gozar de él, tener los oficios de Juzgado, Regimiento ú otros Públicos, ahora sean casados ó solteros; sin que valga la dispensacion que hubiere obtenido, que deberá considerarse por obrepticia, y ser obedecida y no cumplida, y lo mismo deberá decirse de los Clérigos de menores que hubieren reclamado à los Jueces seglares, aunque no obtengan sentencia, ni llegue el negocio á ella. Por lo contrario podrán tener dichos oficios los que no pueden gozar del privilegio del fuero en las causas criminales; segun asi lo dispone todo la *ley* 8. *tit.* 10. *lib.* 1. *Nov. Rec.*

17 II. Son esentos de las cargas personales, *l.* 51. *tit.* 6. *P.* 1. que cuenta entre ellas la de dar alojamiento, la de construccion ó reparacion de muros de Ciudades ó Villas, ó llevar para ello cal ó arena; y exîme tambien á sus criados que moran en sus casas. Pero en atencion á que en *esta ley* se dice estar esentos de hacerlo por sí mismos, juzga Greg. Lop. en *su glos.* 5. que deberán contribuir en dinero, puesto que la *l.* 54. *del mismo título* expresa estar tenidos á la construccion y reparo de puentes y caminos: bien que á esto no les pueda apremiar el Juez lego, sino el Eclesiástico. Y la *ley* 6. *tit* 9. *lib.* 1. *de la Nov. Rec.* dice en términos generales, que deben contribuir y ayudar, faltando bienes del Concejo, en los pechos que son para bien comun de todos, poniendo por exemplo el de muro, calzada, carrera, fuen-

te ó puente, y la *siguiente* 7. pone otro exemplo en la guarda de pan y viñas. Y si el Clerigo no quisiere pagar el tanto proporcional á sus bienes, que se le ha repartido para estos gastos, relativos á cosas que les son útiles, dice Azevedo en dichas *leyes* 6. *y* 7. citando á otros, que puede el Juez lego exîgirlo ó cobrarlo de los mismos bienes, apoyándolo con una decision de la Chancillería de Valladolid, y otra de la de Granada. En caso de necesidad cesan las esenciones, como lo prueba el mismo Azev. en el *coment. de dd. ll.* que es muy digno de leerse (1).

18 De las cargas patrimoniales no hallamos ley alguna que hable expresamente. Pero por quanto *d. l.* 6. y *la* 1. *del mismo tit.* 9. dicen que estan esentos de todo tributo los Clérigos, Iglesias y Monasterios, á excepcion de los expresados en *d. l.* 6. que hemos acabado de manifestar; vemos se les considera esentos de todos los demas ordinarios. Y respecto á que esta esencion era muy gravosa para los Legos, se celebró *concordato* entre el Rey y el Sumo Pontífice en el año 1737. en el que se determinó, que los bienes que adquirieren la Iglesias y demas manos muertas Eclesiásticas desde entonces en adelante estuviesen sujetos á las mismas cargas, que quando les poseian los Legos, á excepcion de los destinados á alguna primera fundacion. Pero los de los Eclesiásticos particulares conservaron su esencion: la que les da la *ley* 3. *tit.* 18. *lib.* 6. *de la Nov. Rec.* aun en los que compraren de los pecheros.

19 La quarta subdivision de hombres libres es en vecinos ó moradores, y no vecinos ó transeuntes. *Vecino*, tomada latamente esta voz, significa al que habita en algun lugar, tenido y reputado por tal, segun la comun estimacion del Pueblo, y en este sentido llena la circunstancia de vecino requerida en los testamentos nuncupativos ó abiertos, segun Azevedo en la *ley* 1. *tit.* 5. *lib.* 7.

(1) *L.* 1. *C. ut nemin. lic. in empt.*

de la Nov. Rec. Y á esta clase pertenecen los estudiantes, menestrales y mozos de soldada, respecto de la Ciudad en que cursan, aprenden sus oficios ó la ganan. Pero si se toma propia y estrechamente, aquel se dice vecino: *Que tiene establecido en algun Lugar su domicilio o habitacion con ánimo de permanecer en él.* Este ánimo se presume y reputa probado por el transcurso de 10. años, *l.* 2 *tit.* 24. *P.* 4. *l.* 6. *tit.* 4. *lib.* 7. *de la Nov. Rec.* arg. de la *ley* 32. *tit.* 2. *P.* 3. vers. *La setena*, en cuya *glosa* 12. dice Gregor. Lop. que tambien se prueba este ánimo, que constituye domicilio, sin el transcurso de los 10. años por hechos que lo manifiestan, poniendo por exemplo, si uno vende sus posesiones en el Lugar A, y compra otras en el B, donde transfiere su habitacion. Y mas claramente, si fuere recibido en vecino por el comun de algun Lugar, dando fiadores de que permanecerá en él 10. años, y sujetándose á las cargas y tributos vecinales, Azev. en *d. l.* 1. Que estos los deben llevar solamente los vecinos, el mismo nombre lo dice, y de consiguiente, que en esto se diferencian de los transeuntes. Y tambien se diferencian en lo honorífico; porque á ellos solos, y no á estos deben darse los Oficios de Concejo de las Ciudades, Villas ó Lugares, así como Regimientos, Escribanías, Mayordomías y Fieldades, con tal que sean naturales de estos Reynos, *l.* 6. *tit.* 4. *l.* 1. *tit.* 5. *lib.* 7. *de la Nov. Rec.* Transeuntes son los que viven ó se hallan en algun Lugar sin ser vecinos de él.

20 La quinta subdivision de hombres libres es en naturales de nuestros Reynos, y extrangeros. Natural, segun la *ley* 7. *tit.* 14. *lib.* 1. *Nov. Rec.* es: *Aquel que fuere nacido en estos Reynos, y hijo de padres que ambos a dos, o a lo mènos el padre sea asimismo nacido en estos Reynos, o haya contrahido domicilio en ellos, y demas haya vivido por tiempo de* 10. *años.* Y añade la *misma ley*, serlo tambien aquel, cuyo padre nació en estos Reynos, y le tuvo fuera de ellos estando ausente por servicio del Rey, ó su mandato, ó de paso, y sin con-

traer domicilio fuera, y que esto se entienda tambien en los hijos ilegitimos naturales; pero que en los espureos han de concurrir en su madre las circunstancias referidas. Extrangero por lo contrario es aquel á quien falta alguna de dichas circunstancias. Solo los naturales pueden tener en España Beneficios Eclesiásticos ó pensiones sobre ellos, *l.* 1. *tit.* 23. *y* 7. *tit.* 14. *lib.* 1. *de la Nov. Rec.* y Oficios de Alcaldías y Regimientos en las Ciudades, Villas ó Lugares, ú oficios ó cargos que toquen á la gobernacion de ellos, *l.* 2. *y* 3. *tit.* 4. *y* 5. *lib.* 7. *Nov. Rec.* Y adviértase últimamente, que la palabra *naturaleza* no singnifica siempre en las leyes de las Partidas lo mismo que en la citada *l.* 7. *tit.* 14. *lib.* 1. *Nov. Rec.* sí que tambien lo mismo que vecindad, como lo convence la *ley* 2. *tit.* 24. *P.* 4.

TITULO III.

DEL PODER QUE TINEN LOS PADRES SOBRE SUS HIJOS.

Títulos 17. y 18. P. 4. (1).

1. 2. *Qué eosa sea patria potestad, y modos de constituirse.*
3. *y* 4. *De los peculios de los hijos.*
5. *y siguientes: Modos de salir los hijos de la patria potestad.*

1 Diximos en el *num.* 10. *del título antecedente* subdividirse tambien los hombres libres, en que unos estan en la patria potestad, otros en la tutela, otros en cu-

(1) *Tit.* 9. *lib.* 1. *Inst.*

radoría, y otros independientes de todos. Empezamos á tratar de ellos por los primeros. *Patria potestas* en latin, dice la *l.* 1. *tit.* 17. *P.* 4. tanto quiere decir en romance, como: *Poder que han los padres sobre los hijos.* Añade que lo han los padres sobre sus hijos, e sobre sus nietos, e sobre todos los otros de su linage, que descienden de ellos por liña recta, que son nacidos del casamiento derecho. Pero se ha de advertir estar derogada *esta ley* en quanto habla de nietos, é inferiores descendientes por la *ley* 3. *tit.* 5. *lib.* 10. *Nov. Rec.* que establece sea habido por emancipado en todas cosas para siempre el hijo é hija casado y velado; pues segun ella no estando el tal hijo en poder de su padre, no pueden estarlo tampoco los que descienden del mismo hijo. Lo literal de *dicha ley* nos hace creer contra Antonio Torres y Martin Galindo ser necesarias las velaciones de las nupcias, para que tengan fuerza de emancipacion.

2 Este poder ó poderío que han los padres sobre los hijos, es solamente sobre los legítimos, *l.* 2. *d. tit.* 17. *P.* 4. y segun la *l.* 4. *del mismo tit.* se constituye de quatro maneras. I. Por el matrimonio, que es fecho segun manda la Santa Iglesia. II. Si hubiere contienda entre algunos, si eran padre ó hijo, y fuese dado juicio acabado que lo eran. III. Si el hijo emancipado por el padre, hiciese algun yerro contra el padre, que hubiese de volver á su poder. IV. Por adopcion, que quiere decir tanto, como por fixamiento. La II. hablando con rigor, mas es modo de probar este poder, que de constituirle. No menciona *esta ley* á la legitimacion, sin duda porque la quiso incluir en la I. Y adviértase en explicacion de la III. que el yerro del hijo contra el padre ha de ser deshonrándolo, de palabras, ó de hecho, *l.* 19. *tit.* 18. *P.* 4. Pasemos ahora á ver sus efectos, y despues los modos de acabarse.

3 Las leyes antiguas de los Romanos mandaban que todo el peculio de los hijos retenidos en el poder de su padre, esto es, todos los bienes que estos hijos tenian

y manejaban como suyos, fuesen de sus padres. Pero despues distinguieron varias especies de peculio, estableciendo lo que debia observarse en cada una de ellas, y á este nuevo aspecto se han acomodado las nuestras, y con respecto á ellas decimos, que el peculio, el qual no es otra cosa que: *Pequeño patrimonio que tiene ó meneja el hijo, ó el esclavo, separado de los bienes que gobierna el padre ó el señor*; es en la persona del hijo de tres especies, profecticio, adventicio y castrense, ó quasi castrense, *l.* 5. *tit.* 17. *P.* 4. Y si quisiéramos dividir el quasi castrense del castrense, como lo hacen comunmente, y es así, aunque son los mismos sus efectos; dirémos que son quatro.

4 Peculio profecticio es: *El que ganan los hijos con los bienes de los padres, ó por razon de sus padres que los tienen en su poder*; y es en todo de los mismos padres. Adventicio se llama: *El que gana el hijo por obra de sus manos, ó le viene por donacion, legado ó herencia de su madre, ó de qualquier otro: ó si hallase tesoro ó alguna otra cosa.* Y de este es la propiedad del hijo, y el usufructo del padre, que debe guardarle y defenderle toda su vida, tanto en juicio, como fuera de él, *d. l.* 5. (1). Y si emancipa al hijo, va á este la mitad del usufructo, y el padre se queda con la otra, si no la remite, *l.* 15. *tit.* 18. *P.* 4. (2). Castrense es: *El que gana el hijo por razon de la guerra*, ó como suele decirse, de la milicia armada: y quasi castrense: *El que gana por razon de la milicia togada*, esto es, por servir á la República de Juez, Abogado, Catedrático, y otros oficios semejantes. Estos dos son enteramente del mismo hijo, que puede hacer de ellos lo que quisiere, sin tener derecho alguno en ellos los padres, ni otro pariente, *l.* 6. *lib.* 7. *d. tit.* 17. *P.* 4. (3). Y adviértase, que toda donacion que hace el Rey, es peculio quasi castrense del donatario, *d. l.* 7. *al fin.* (4).

(1) §. 1 *Inst. lib.* 2. *tit.* 9. (2) *D.* §. 2. *Inst. d. lib.* 2. *tit.* 9.
(3) *Princ. Inst. lib.* 2. *tit.* 12. (4) *L.* 7. *C. de bon. quæ liber.*

5 Veamos ahora los modos de acabarse ó desatarse la patria potestad, que son quatro referidos en el *princ. del tit.* 18. *P.* 4. I. Muerte natural (1). II. Destierro, para siempre, al que llamáron en latin *mors civilis* (2). III. Dignidad á que subiere el hijo (3). IV. Emancipacion, quando el padre saca á su hijo de su poder á placer de él (4). Y á estas quatro añade otro la *ley* 6. *de d. tit.* 18. diciendo, que por el pecado de incesto pierde el padre el poder que ha sobre sus hijos. Y otro, la *ley* 4. *tit.* 20. *P.* 4. cuando el padre desamparando á su hijo le echa à las puertas de la Iglesia, hospital ú otros lugares de misericordia, de donde la piedad de otro le recoge. En quanto al I. la *ley* 1. *de d. tit.* 18. distingue, como las Romanas, entre la muerte del padre, y del abuelo, por motivo de que en aquel tiempo los hijos no salian de la potestad de sus padres, por casarse: pero como en el dia salen en virtud de la *ley* 3. *tit.* 5. *lib.* 10. *Nov. Rec.* como diximos *arriba al n.* 1. no se debe ahora hacer mencion, por no ser del caso, de la muerte del abuelo, sí solo de la del padre, por la que se acaba siempre la patria potestad. Solo en el caso de no haber sido veladas las nupcias, podria tener lugar la citada distincion de la *ley* 1.

6 Del II. modo pone dos especies la *ley* 2. *de d. tit.* 18. *P.* 4. de las quales la una, que es la mas pesada, la compara á la servidumbre de la pena de los Romanos, y la otra á la que estos decian *deportacion*, que tambien entre ellos eran modos de extinguir la patria potestad (5). Por uno y otro se toman los bienes al desterrado. Pero si á alguno se le destierra á que vaya á vivir á algun Lugar para siempre, ó para tiempo cierto, sin quitarle sus bienes, este castigo, al que los Romanos llamaban *relegacion*, no extingue la patria potestad, *l.* 3. *d. tit.* 18. *P.* 4. (6). De los encartados, esto es, los pregonados, de no poder entrar en la Ciudad ó Villa en que eran mo-

(1) *Princ. Inst. lib.* 1. *tit.* 12. (2) §. 3. *eod.* (3) §. 4. *eod* (4) §. 6. *eod.* (5) §§. 1. *et* 3. *eod.* (6) §. 2. *d. lib.* 1. *tit.* 12.

radores, ó en la tierra de donde son, dice la *ley* 4. *de d. tit.* 18. que se comparan á los deportados, si se les toman los bienes, y á los relegados, si no se les toman.

7 Por lo que respecta al modo III. se señalan en la *ley* 7. y *las siete siguientes de d. tit.* 18. doce dignidades que libran al hijo de la patria potestad, con relacion al señalamiento que hizo Justiniano en la *novela* 81. De ellas solo conocemos ahora la de Obispo y Tesorero general del Rey; porque las demas están enteramente transformadas en otras nuevas que tenemos: las quales no pueden decirse las mismas, por lo mucho que discrepan entre sí. Diremos pues atendiendo al espíritu de *dichas ocho leyes*, que librarán en el dia aquellas dignidades, que constituyen al hombre Xefe Real privativo de algun distrito, ó cuerpo distinguido.

8 La emancipacion, IV. modo de extinguir la patria potestad, es: *Acto por el qual saca el padre por su voluntad de su poder al hijo que lo consiente*, *l.* 15. *d. tit.* 18. *P.* 4. Se hace la emancipacion presentándose el padre con el hijo ante el Juez Ordinario (1), y así ambos presentes, debe decir el padre que saca al hijo de su poder, y el hijo consentirlo, *d. l.* 15. Y si el padre quisiese emancipar á un hijo suyo infante ó ausente, podrá hacerlo con licencia del Rey, pero no de otra suerte; y si el ausente es mayor de siete años, es menester que quando venga lo otorgue ante el Juez, *l.* 16. *d. tit.* 18. *P.* 4. Pero adviértase, que ahora está mandado por *la ley* 4. *tit.* 5. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* para evitar fraudes y perjuicios, que los Jueces Ordinarios no declaren ni puedan declarar emancipaciones, sin que primero den cuenta al Consejo con los instrumentos de la justificacion y causas de ellas, y que de otra suerte se darán desde luego por nulas.

9 Por lo regular ni el padre puede ser precisado á emancipar á su hijo (2), ni el hijo á ser emancipado, si

(1) §. 6. *Inst. lib.* 1. *tit.* 12 (2) §. 10. *eod.*

que los dos han de convenir, *l.* 17. *d. tit.* 18. *P.* 4. Pero hay quatro casos referidos en la *ley* 18. *del mismo título* 18. en los quales puede el padre ser obligado á emancipar. I. Quando el padre castiga al hijo muy cruelmente, sin aquella piedad que debe haber (1). II. Quando prostituye á sus hijas (2). III. Quando admite lo que le dexan en testamento baxo la condicion de emancipar á su hijo (3). IV. Si habiendo adoptado á su antenado ó hijastro menor de 14 años, y este salido de esta edad, acudiese descontento de su padrastro al Juez para que le mandara emancipar (4).

TITULO IV.

DE LOS DESPOSORIOS, Y MATRIMONIO.

Partida 4. títulos 1. y 2. y título 2. lib. 10. de la Nov. Rec. (5).

1. *Razon del método.*
2. *Qué cosa sean esponsales.*
3. 4. 5. 6. 7. *y* 8. *Se refieren varias Ordenes Reales sobre esponsales.*
9. *y hasta el* 17. *Del matrimonio, y quanto pertenece á su valor.*
17. *Del divorcio.*
18. *hasta el* 27. *de los bienes gananciales.*
27. *Cosas que no pueden hacer las mugeres sin licencia de sus maridos ó del Juez.*

(1) *L. ult. si á parent. quis man.* (2) *L.* 4. *C. de Episcopal. aud.* (3) *L.* 92. *de cond. et demonst.* (4) *L.* 32. *de adop.* (5) *Tit.* 10. *lib.* 1. *Inst. tit.* 1. *et* 2. *lib.* 24.

1 Siendo el matrimonio la causa natural y principal de la patria potestad, nos ha parecido ser este lugar mas á propósito para tratar de él. Y por quanto le suelen preceder los desposorios, hablar antes muy ligeramente de ellos; porque mas son objeto del derecho canónico, por cuyas reglas se deciden sus causas en los tribunales Eclesiásticos, como lo expresa la *ley* 7. *tit.* 1. *P.* 4. Y por ello podrán acudir á los Autores canonistas los que desearen mas extension. Sin embargo, hemos creido, que el tener un título en la *Partida* 4. y las varias órdenes Reales que nuevamente se han publicado para mantener el buen órden, paz y tranquilidad pública y de las familias, exîgen que no omitamos su memoria en esta Ilustracion.

2 Desposorios, ó esponsales, con cuyo nombre canónico los solemos llamar, son: *Prometimientos, que hacen los hombres por palabras quando quieren casarse.* Así lo expresa la *ley* 1. *tit.* 1. *P.* 4. Pero debe tenerse presente, que lo mismo será, si el consentimiento se manifiesta sin palabras, con señales claras que excluyen toda duda, como es preciso suceda en los mudos, *l.* 5. *tit.* 2. *P.* 4. Como por los esponsales se obliga el varon á la muger, y esta al varon, es preciso que el prometimiento sea mutuo entre los dos con recíproca aceptacion (1). Y el que no quiere cumplirles, puede ser obligado á que les cumpla, á pedimento del otro, por el tribunal Eclesiástico, *l.* 7. *d. tit.* 1. á no ser que tenga alguna justa causa para no querer: de las quales se refieren nueve en la *ley* 8. *de d. tit.* 1. bien que la séptima no tiene lugar ahora, en que los esponsales de presente ya no constituyen matrimonio, como le constituian en tiempo en que se formaron las leyes

(1) *L.* 1. *de sponsal.*

de las Partidas, que por este motivo se entretienen bastante en explicar diferencias entre esponsales de futuro y de presente, que en el dia no extan, ó por mejor decir, ya no los hay de presente. Para contraer esponsales basta la edad de siete años, *l.* 6. *d. tit.* 1.

3 Para cortar los perjuicios, que de llevarse á efecto qualesquiera esponsales, se seguian al honor de las familias, y reverencia debida á los padres, con alteracion de la pública tranquilidad; se han publicado varias pragmáticas y cédulas. Por *pragmática de* 23. *de Marzo de* 1776. *que es la ley* 9. *tit.* 2. *lib.* 10. *Nov. Rec.* se manda: I. Que en adelante los hijos é hijas de familias menores de 25. años, deban para celebrar el contrato de esponsales, pedir y obtener el consejo y consentimiento de su padre, y en su defecto de la madre; y á falta de ambos, de los abuelos por ambas lineas; y no teniéndolos, de los dos parientes mas cercanos, que se hallen en la mayor edad, y no sean interesados ó aspirantes al tal matrimonio, y no habiéndolos capaces de darle, de los tutores ó curadores: con el bien entendido, que prestando los expresados parientes, tutores ó curadores su consentimiento, deberán executarlo con aprobacion del Juez Real, é interviniendo su autoridad, si no fuere interesado; y siéndolo se devolverá esta autoridad al Corregidor ó Alcalde Mayor Realengo mas cercano. II. Que esta obligacion comprehenda desde las mas altas clases del estado, sin excepcion alguna, hasta las mas comunes del Pueblo. III. Que los mayores de 25. años cumplen con pedir el consentimiento paterno, para colocarse en estado de matrimonio, que en aquella edad ya no admite dilacion. Pero debe advertirse, que en este particular se expidió otra *cédula en* 31. *de Mayo de* 1783. en que por punto general se manda, que tambien los mayores de 25. años tienen obligacion de obtener el consentimiento paterno. IV. Que contra el irracional disenso de los padres, abuelos, parientes, tutores ó curadores, en los casos y forma que queda explicada, debe haber y admitirse libremente recurso suma-

rio á la Justicia Real Ordinaria, que se haya de terminar y resolver en el preciso término de ocho dias, y por recurso en el Consejo, Chancillería ó Audiencia del respectivo territorio en el perentorio de 30. dias: y de esta declaracion no ha de haber revista, alzada, ni otro recurso, ahora confirme ó revoque la providencia del Inferior.

4 V. Que solo puede darse certificacion del auto favorable ó adverso, pero no de las objeciones ó excepciones que propusieren las partes, con perpetua privacion de oficio á los Jueces y Escribanos que mandasen dar ó dieren copia simple ó certificada de los procesos formados sobre suplir el irracional disenso de los padres. VI. Que se conserve en los Infantes y Grandes la costumbre y obligacion de dar cuenta á S. M. de los contratos matrimoniales que intenten celebrar ellos ó sus hijos é inmediatos sucesores, para obtener la Real aprobacion. VII. Que los de las familias llamadas á la sucesion de las grandezas, aunque sea en grados distantes, y las de los títulos hayan de pedir el Real permiso en la Cámara, al modo que se piden las cartas de sucesion en los títulos. Y adviértase, que tanto en este caso como en el antecedente, es tambien necesario el consentimiento paterno. De las penas en que incurren los que se casan despreciando y atropellando lo expuesto hasta aqui, expresadas en la misma pragmática, hablaremos despues, tratando del matrimonio y sus efectos.

5 Ademas de esta famosa pragmática han salido diferentes cédulas y circulares sobre el mismo asunto, añadiendo algunas particularidades. En 31. de Octubre de 1783. *que es la ley* 11. *d. tit.* 2. *una circular* por la que se manda: Que ningun alumno de Colegios que esten baxo la Real inmediata proteccion, puedan ligarse para contraer matrimonio sin licencia de S. M. Cuya Real resolucion fué extendida por *circular de* 31. *de Agosto de* 1784. *que es la ley* 12. *d. tit.* á los Colegios de mugeres que estan baxo la misma Real proteccion, y á los individuos de uno

y otro sexô que esten en Universidades, Seminarios, Colegios ó Casas de enseñanza, erigidos con autoridad pública. Y tratándose de si convendria delegar la facultad de conceder la licencia que exîgen dichas circular y cédula, se expidió otra *cédula en* 28. *de Octubre del mismo año* 1784. *que es la ley* 13. *d. tit.* en que se manda: Que los alumnos de las Universidades, Seminarios conciliares y demas Colegios no pueden pasar á contraer esponsales, sin que ademas del asenso paterno prevenido en la *citada pragmática* del año 1776. tengan licencia los de los Seminarios conciliares de los muy Reverendos Arzobispos y Reverendos Obispos, los de las Universidades de los Ministros del Consejo encargados de su direccion, á quienes deban remitir las súplicas ó pretensiones por mano de los Rectores de las mismas, con informes de estos; y los de los demas Colegios ó Casas de enseñanza de los Ministros Protectores, si los tuviesen, ó del Señor Gobernador del Consejo; delegando para este caso S. M. en todos los referidos su Real autoridad; reservándose las licencias de los Colegios Militares, Seminarios de Nobles, y otras Fundaciones semejantes del efectivo Patronato, y de la inmediata Real proteccion, tanto de varones, como de mugeres.

6 Otra *cédula* expidió el Consejo, que solo es exhortatoria, en 17. de Junio de dicho año 1784. *que es la ley* 14. *d. tit.* en ella se exhorta, ruega y encarga á todos los Prelados procuren, que en sus Diócesis y territorios se establezca el método que se practica y observa en el Archiprestazgo de Ager en Cataluña, como el que mas se acerca al cabal y exâcto cumplimiento de la citada *pragmática del año* 1776. y demas Reales Ordenes que tratan de este asunto, y disposiciones canónicas. En la misma se inserta la doctrina y método que dicho Archipreste habia fixado, y mandado observar y enseñar públicamente á los fieles de su territorio, reducida á decir: "Que faltan lós hijos de familia, que sin el consejo y »bendicion de sus padres tratan de contraer matrimonio,

»y que estando en pecado mortal no se les puede admitir »á la participacion de los Santos Sacramentos, y por ello »se les debe dilatar, hasta haber practicado esta diligen»cia: Que quando se tenia noticia de que el hijo pidió al »padre, y obtuvo su consentimiento, se expresaba esta »circunstancia en la publicacion de las moniciones, que »por ningun caso se dispensaba en los matrimonios de »esta naturaleza, y tambien se añadia en la partida que »se escribia en los cinco libros, despues de haberse cele»brado el matrimonio, siendo cargo de la visita de dichos »libros la omision de ella."

7 En 23. de Octubre del año 1785. *que es la ley* 16. *d. tit.* se expidió otra *cédula* en que se manda observar: Que los depósitos por opresion, y para explorar la libertad, se expidan por el Juez que respectivamente deba conocer segun el recurso; pues si este fuere sobre ser ó no racional el disenso, conocerá el Juez Real, y decretará quando sea necesario el depósito; y si fuere sobre esponsales, despues de evacuado el juicio instructivo sobre el disenso ante la Justicia secular, conocerá el Eclesiástico impartiendo para la execucion el auxîlio del brazo seglar.

8 Por *otra de* 18. *de Setiembre de* 1788. *que es la ley* 17. *d. tit.* se manda por punto general: Que solo los hijos de familia son los que pueden pedir el consentimiento á sus padres, abuelos, tutores ó personas de quienes dependan, para contraer matrimonio: Y asimismo, que no se deben admitir en los Tribunales Eclesiásticos demandas de esponsales celebrados sin el consentimiento paterno contra lo mandado por las citadas pragmáticas y cédulas, no debiéndose admitir tampoco por via de impedimento, careciendo de la principal circunstancia, sin la qual no pueden habilitarse para parecer en juicio, por ninguno de los dos conceptos.

9 Y últimamente se publicó en Madrid en 28 de Abril de 1803. *que es la ley* 18. *tit.* 2. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* la siguiente pragmática sancion: El Rey se ha servido ex-

pedir con fecha 10. de este mes el Decreto siguiente: Con presencia de las consultas que me han hecho mis Consejos de Castilla é Indias sobre la pragmática de matrimonios de 23. de Marzo de 1776. órdenes y resoluciones posteriores; y varios informes que he tenido á bien tomar, mando, que ni los hijos de familias menores de 25. años, ni las hijas menores de 23. á qualquiera clase del estado que pertenezcan, puedan contraer matrimonio sin licencia de su padre, quien en caso de resistir el que sus hijos ó hijas intentaren, no estará obligado á dar la razon, ni explicar la causa de su resistencia ó disenso: los hijos que hayan cumplido 25. años, y las hijas que hayan cumplido 23., podrán casarse á su arbitrio sin necesidad de pedir ni obtener consejo ni consentimiento de su padre: en defecto de este tendrá la misma autoridad la madre; pero en este caso los hijos y las hijas adquirirán la libertad de casarse á su arbitrio un año antes; esto es, los varones á los 24, y las hembras á los 22. todos cumplidos: á falta de padre y madre tendrá la misma autoridad el abuelo paterno, y el materno á falta de este; pero los menores adquirirán la libertad de casarse á su arbitrio dos años antes que los que tengan padre; esto es, los varones á los 23., y las hembras á los 21., todos cumplidos: á falta de los padres y abuelos paterno y materno, sucederán los tutores en la autoridad de resistir los matrimonios de los menores; y á falta de los tutores el Juez del domicilio, todos sin obligacion de explicar la causa: pero en este caso adquirirán la libertad de casarse á su arbitrio los varones á los 22. años, y las hembras á los 20., todos cumplidos: para los matrimonios de las personas que deben pedirme licencia, ó solicitarla de la Cámara, Gobernador del Consejo ó sus respectivos Xefes, es necesario que los menores segun las edades señaladas obtengan esta despues de las de sus padres, abuelos ó tutores, solicitándola con la expresion de la causa que estos han tenido para prestarla; y la misma licencia deberán obtener los que sean mayores de dichas edades, haciendo expresion quando lo soliciten

de las circunstancias de la persona con quien intenten enlazarse: aunque los padres, madres, abuelos y tutores no tengan que dar razon á los menores de las edades señaladas de las causas que hayan tenido para negarse á consentir en los matrimonios que intentasen, si fueren de la clase que deben solicitar mi Real permiso, podrán los interesados recurrir á Mí, así como á la Cámara, Gobernador del Consejo, y Xefes respectivos los que tengan esta obligacion, para que por medio de los informes que tuviere Yo á bien tomar, ó la Cámara, Gobernador del Consejo, ó Xefes, creyesen convenientes en sus casos se conceda ó niegue el permiso ó habilitacion correspondiente, para que estos matrimonios puedan tener ó no efecto; en las demas clases del estado ha de haber el mismo recurso á los Presidentes de Chancillerías y Audiencias y al Regente de la de Asturias, los quales procederán en los propios términos: los Vicarios Eclesiásticos que autorizasen matrimonio, para el que no estuvieren habilitados los contrayentes, segun los requisitos que van expresados, serán expatriados y ocupadas todas sus temporalidades, y en la misma pena de expatriacion y en la de confiscacion de bienes incurrirán los contrayentes. En ningun tribunal Eclesiástico ni secular de mis dominios se admitirán demandas de esponsales, sino que sean celebrados por personas habilitadas para contraer por sí mismas segun los expresados requisitos, y prometidos por escritura pública, y en este caso se procederá en ellas, no como asuntos criminales ó mixtos, sino como puramente civiles: los Infantes y demas personas Reales en ningun tiempo tendrán ni podrán adquirir la libertad de casarse á su arbitrio sin licencia mia ó de los Reyes mis sucesores, que se les concederá ó negará en los casos que ocurran con las leyes y condiciones que convengan á las circunstancias: todos los matrimonios que á la publicacion de esta mi Real determinacion no estuvieren contraidos, se arreglarán á ellas sin glosas, interpretaciones ni comentarios, y no á otra ley ni pragmática anterior (1).

(1) *Véase la nota 6. d. tit. 2.*

10. Basta de esponsales, y pasemos á tratar del matrimonio, del qual pone una definicion la *ley* 1. *tit.* 2. *P.* 4. que nos ha parecido copiar aquí, aunque la consideramos pesada y fastidiosa. Es dice: *Ayuntamiento de marido, e de muger, fecho con tal intencion de bivir siempre en uno, e de non se departir; guardando lealtad cada uno de ellos al otro, e no se ayuntando el varon a otra muger, nin ella a otro varon, biviendo ambos a dos.* Todo el mundo considera al matrimonio como á contrato: pero ademas los Católicos le consideramos tambien como á sacramento; y observamos con reverencia los efectos que por esta razon le corresponden. Por esto diremos algo de ellos aqui, aunque este asunto pertenece directamente al derecho canónico, cuyos Autores podrán ver los que quieran mayor extension. Y debemos advertir, que algunos de estos efectos los podemos tambien considerar civiles en quanto los aprueban expresamente nuestras leyes, que jamas se apartan de la religion católica.

11 Como el matrimonio es contrato, es necesario el mutuo consentimiento de sus contrayentes varon y hembra, con la intencion de vivir juntos, y demas que expresa su definicion que hemos dado. De ahí es, que no pueden contraerle los que no pueden prestar verdadero consentimiento, como los mentecatos ó locos, sino es que teniendo estos intervalos de buena razon, quisieren contraerlo en uno de ellos, *l.* 6. *tit.* 2. *P.* 4. Y aunque este consentimiento suele manifestarse por palabras, se puede tambien manifestar suficientemente por señales, y de este modo pueden casarse los mudos, *l.* 5. *d. tit.* 2. Y por quanto el error es contrario del consentimiento faltará este, y por ello el matrimonio, si uno de los contrayentes errase en la persona del otro, pero no si errára en la calidad ó fortuna del otro, y no en la persona, *l.* 10. *tit.* 2. Y adviértase ser tan necesario el consentimiento y que sea libre, que si se le sacase á alguno de los que contraen con miedo ó fuerza que cae en varon constante, seria nulo el matrimonio, *l.* 15. *de d. tit.* 2. que pone varios exem-

plos (1), aunque los demas contratos valen, bien que puede pedirse que se rescindan, *l.* 56. *tit.* 5. *P.* 5. y en su *glosa* 1. Greg. Lop. Y en proteccion de este libre consentimiento manda la *ley* 2. *tit.* 2. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* Que si acaeciere que por importunidad diese el Rey carta ó mandamiento, para que una muger haya de casar con alguno contra su voluntad y sin su consentimiento, no valga. Y la *siguiente* 3. *del mismo título*: Que ningun Grande, ni personas que tengan vasallos, apremien á ninguna dueña, ni doncella á que se case contra su voluntad con ninguna persona, ni asimismo apremien á los padres y madres de las tales mugeres, para que se hagan los tales casamientos.

12 Ha de tener el varon 14. años, y la muger 12. para que puedan celebrar válidamente este contrato, á no ser que estuviesen tan cercanos á esta edad, que tuvieran proporcion para juntarse carnalmente; porque la sabiduría y poder para hacerlo, suple la mengua de edad, *l.* 6. *tit.* 1. *P.* 4. y como suele decirse la malicia suple la edad. Y asimismo no ha de ocurrir alguno de aquellos impedimentos, que los Teólogos llaman dirimentes: los quales se refieren en la *ley* 13. *y siguientes de d. tit.* 2. *P.* 4. A estos pertenecen el error y la fuerza, de que acabamos de hablar. Por lo que toca á los restantes, trataremos con alguna extension del que nace de la cognacion ó parentesco, digno de que todos lo sepan, por ser de uso muy freqüente, al paso que el de los demas es rarísimo, y casi toda su constitucion y orígen es canónica; y por ello los notarémos aquí brevísimamente, remitiendo á los que desean mas extension á los Teólogos, que para facilitar su memoria, los comprehenden en aquellos versos latinos:

Error, conditio, votum, cognatio, crimen
Cultus disparitas, vis, ordo, ligamen, honestas,
Si sis affinis, si forte coire nequibis,

(1) *L.* 14. *C. de rit. nupt.*

Si Parochi, & duplicis desit præsentia testis,
Raptave sit mulier, nec parti redita tutæ.

El parentesco ó consanguinidad es : *Atenencia ó aligamiento de personas departidas, que descienden de una raiz*, segun la *ley* 1. *tit.* 6. *P.* 4. que explica esta definicion. Si se habla con rigor solo son dos sus especies; pero por varias razones y respetos se extiende tambien á las que llamamos meramente civil, y á la espiritual, y así son quatro los parentescos, á saber, meramente natural, meramente civil, mezclado de natural y civil, y espiritual. Meramente natural es el que nace de ilícito ayuntamiento, al que pertenecen todos los que han nacido fuera de legítimo matrimonio. Meramente civil el que se contrae por la adopcion. Mezclado el que viene de legítimo matrimonio, porque concurren en él la naturaleza y la aprobacion de la ley. Y espiritual el que se contrae por el Bautismo ó Confirmacion.

13 En el parentesco hay líneas y grados, cuya noticia es necesaria para regular los casamientos y las sucesiones. Línea es : *Ayuntamiento ordenado de personas, que se tienen unas de otras como cadena descendiendo de una raiz.* O es recta entre personas que una viene de otra, y se subdivide en de ascendientes que sube, en la que estan el padre, abuelo, bisabuelo, y dende arriba; ó de descendientes en que se baxa, como hijo, nieto, biznieto, y de ahí abaxo. Y la otra de travieso ó transversal que tambien se llama lateral ó colateral. Esta empieza en los hermanos, y sigue por grados entre los hijos ó descendientes de uno de ellos respecto de los descendientes del otro. Se llama de travieso, porque de los que estan en ella, no desciende uno de otro, aunque todos nacen de una misma raiz ó tronco, *l.* 2. *d. tit.* 6. Le llamamos tronco por la semejanza con el de los árboles, pues así como de este nacen todas las ramas de los árboles, sucede lo mismo en el parentesco; y de ahí es, que llamamos tambien árbol de parentesco al tronco de que tratamos con sus ramas.

14 Grado no es otra cosa, que un escalon ó paso de distancia de un pariente á otro. En la línea recta de ascendientes ó descendientes los cuentan ó numeran de una misma manera el derecho civil y canónico, esto es, salen en ellos los mismos grados, ó bien diciendo que son tantos estos como las generaciones, ó tantos como las personas quitando una. Así pues, Pedro dista de su abuelo dos grados, porque hay dos generaciones, la una de su abuelo que engendró á su padre, y la otra la de este; ó contando por personas, son estas tres, y quitando una quedan dos. Pero en contarlos en la línea transversal hay notabilísima diferencia entre los dos derechos; porque segun la computacion civil se sube al tronco desde el uno, y despues se baxa hasta el otro; y por ello no hay primer grado en esta línea, que debe empezar necesariamente por el segundo, por no poderse verificar subida y baxada de otra manera. Los hermanos pues, de donde empieza esta línea, distan entre sí dos grados, uno de subida de uno de ellos al padre, que es el tronco comun de los dos, y el otro de baxada del mismo padre al otro hermano: Y segun la computacion canónica, solo se sube, y de ahí es, que un hermano solo dista del otro un grado. Y adviértase para la mas completa inteligencia de esta línea lateral, que puede ser igual ó desigual. En aquella estan los que distan igualmente de su comun tronco, como dos hermanos, ó dos primos hermanos; y en la desigualdad el uno dista mas que el otro, como tio y sobrino, y entonces se sube al tronco desde el mas remoto. Si se pregunta pues, quántos grados distan Pedro y María hija de su hermano Juan, responderémos que dos, porque de María á Juan se sube un grado, y de Juan á su padre que lo es tambien de Pedro, y por lo mismo comun tronco de los dos, se sube otro. Segun el derecho civil distan tres grados, porque despues de haber subido al tronco, se ha de baxar hasta Pedro. La computacion civil se sigue en las sucesiones, y la canónica en los casamientos, *l.* 3. *l.* 4. *d. tit.* 6. *P.* 4.

15 Del parentesco es una especie de imágen la cuñadez, á la que solemos llamar afinidad, de la palabra latina *affinitas*, y es: *Alleganza de personas que viene del ayuntamiento del varon y de la muger*, *l.* 5. *d. tit.* 6. Nace del ayuntamiento carnal del varon y la muger, sea ó no lícito. Por él, los parientes del varon se hacen cuñados de la muger, y los parientes de la muger, cuñados del marido, en aquel grado en que son parientes, *d. l.* 5. y tambien produce impedimento para el matrimonio. Y asimismo le producen la cognacion civil que nace de la adopcion, en los términos que explica la *l.* 7. *tit.* 7. *P.* 4., la que llaman espiritual, que nace del Bautismo y de la Confirmacion: y el matrimonio rato: y los esponsales válidos. Aunque *d. l.* 5. llama cuñados de la muger á todos los parientes ó cognados del marido, y al contrario: con todo, por el uso comun de hablar, solo llamamos cuñados de la muger à los hermanos del marido, y de este á los hermanos de la muger: y si dos hermanos se casan con dos hermanas, los decimos concuñados.

16 En España reconociendo y respetando como á sacramento el matrimonio, seguimos las reglas de la Iglesia en lo que pertenece á su valor; y segun ellas decimos, que es impedimiento para que sea válido, el parentesco natural ó consanguinidad siempre sin limitacion de grados, si es en la línea recta; y por eso suele decirse, que si Adan viviese viudo, no se podria casar con ninguna, por ser todas descendientes suyas. En la transversal se extiende hasta el quarto grado inclusive, como suele decirse: lo que tambien sucede en la afinidad, si nace de ayuntamiento lícito; pero si de ilícito solo llega al segundo. El matrimonio rato y no consumado, y los esponsales válidos, producen el impedimento llamado de pública honestidad, que en aquel llega al quarto grado, y en estos solo al primero. Y últimamente por la cognacion espiritual hay impedimento entre el bautizante y padrino por una parte, y el bautizado y sus padres por

otra; y lo mismo sucede en la confirmacion. Véase el Concilio Tridentino, *ses.* 24. *de reform. matr. cap.* 2. *y siguientes.*

17 Es tambien impedimento de esta clase, ó dirimente la condicion que se ponga contra la naturaleza ó fin del matrimonio, *l.* 5. *tit.* 4. *P.* 4. que pone los exemplos. Las otras condiciones torpes que no son de esta naturaleza, y las imposibles de hecho, se tienen por no puestas, y no vician el matrimonio, *l.* 6. *d. tit.* 4. Lo es asimismo el voto solemne de castidad, esto es, el que hacen los Religiosos profesando, y los Clérigos ordenándose de Epístola, *l.* 11. *l.* 16. *tit.* 2. *P.* 4. Y el delito de homicidio del cónyuge, ó adulterio, en los términos que lo explican los Teólogos, y se expresa en la *ley* 19. *d. tit.* 2. Y tambien lo es la disparidad del culto, esto es, si el uno fuese católico, y el otro infiel, *l.* 15. *d. tit.* 2. *P.* 4. Y lo son tambien el rapto, y la impotencia de procrear, *ll.* 14. *y* 16. *d. tit.* 2. y la clandestinidad en el modo de celebrar los matrimonios, por establecimiento del Concilio de Trento en la *ses.* 24. *de reform. matr. cap.* 1. en donde declaró nulos los que llamamos clandestinos, esto es, se contraen sin la asistencia del propio Párroco, ú otro Sacerdote con su licencia, ó del Ordinario, y dos ó tres testigos. Y ademas en nuestra España, todos los bienes de los que faltando á esta regla contraen matrimonio clandestino, y los que intervienen en él, se confiscan, y á todos se impone la pena de destierro de estos Reynos; y es causa de desheredacion, como todo lo establece la *ley* 5. *tit.* 2. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.*

18 A esto se reduce lo que hemos tenido por oportuno notar aquí en quanto á la constitucion del matrimonio y su valor. Hablemos ahora de paso de su disolucion ó divorcio, llamado por las leyes de las Partidas *departimiento*, y no es otra cosa que separacion entre el marido y la muger. Esta puede ser en quanto al vínculo matrimonial, ó solamente en quanto á la cohabitacion, que en latin dicen *quoad thorum.* El matrimonio consu-

mado se disuelve por la muerte de uno de los dos cónyuges, *l.* 2. *l.* 5. *tit.* 10. *P.* 4. pero si solo es rato y no consumado, se disuelve tambien por la profesion religiosa de qualquiera de los dos, *l.* 5. *tit.* 10. *P.* 4. El divorcio ó separacion, en quanto á la cohabitacion de los casados, tiene lugar por la sevicia ó trato cruel de uno contra el otro, y otras causas.

19 Pasemos ahora á los efectos civiles del matrimonio, cuyo conocimiento es peculiar y privativo de los Jueces seculares; y habiendo dicho antes ser uno de ellos el poder que tienen las padres sobre sus hijos, decimos ahora ser el mas famoso en España, la adquision para ambos cónyuges por mitad de lo que ganare cada uno de ellos, durante el matrimonio: la que no conocieron las leyes Romanas. Este asunto ocupa todo *el título.* 4. *del lib.* 10. *de la Nov. Rec.* que tiene once leyes, cuyas doctrinas, y lo que contemplemos deberse decir sobre ellas, vamos á notar. Ante todas las cosas debe tenerse presente, que los bienes que han marido y muger son de ambos por medio; salvo los que probare cada uno, que son suyos apartadamente, como expresamente lo dice la *ley* 4. *de d. tit.* 4. aprobando la costumbre que antes habia de hacerse así. Se presumen pues comunes, si no se probare lo contrario. Y por ello, para obviar dificultades y perjuicios aconsejan Gomez en la *ley* 53. *de Toro n.* 70. y otros Autores, que al tiempo de contraerse el matrimonio se otorgue pública escritura, por lo que conste, qué bienes tenia entonces cada uno de las contrayentes.

20 Como la comunion de bienes entre los cónyuges nace del matrimonio, y dura mientras este por beneficio de la ley, debe decirse, que el matrimonio incluye una sociedad legal entre ellos, algo diferente de las demas sociedades regulares, como verémos. La *l.* 1. *de d. tit.* 4. parece exîgir para que exîsta esta sociedad la cohabitacion de los cónyuges, por aquellas palabras *estando de consuno*, ó como dice la *ley* 205. *del Estilo*, hablando

del marido, *estando en uno con su muger*. Y si esto fuese así, deberia decirse, que cesaba esta sociedad y comunion de bienes, por la larga separacion de los cónyuges, como por exemplo, si el marido partia á la América, y se detenia allí algun tiempo para comerciar. Pero lo contrario sientan nuestros Autores, Azevedo, Matienzo, García, fundados en que la *ley* 5. *del mismo tit.* 4. declarando las *leyes del Fuero y del Estilo*, dice, *durante el matrimonio*: cuyas palabras puestas en declaracion de las arriba citadas, hacen ver, que estas no deben tomarse con estrechez, sí que solo significan, que debe permanecer entre los cónyuges la union que abrazaron por el matrimonio. Y en el caso de que por divorcio viviesen separados los cónyuges, juzgan los mismos Autores, que aquel que dió causa al divorcio libra al otro de sí; pero no se libra él del otro, como sucede en la cálida ó maliciosa renunciacion de la sociedad establecida por contrato. Y hay tambien dos casos en que durante el matrimonio cesa esta sociedad, quales son, si la muger hubiere renunciado á ella, *l.* 9. *d. tit.* 4. y si los bienes de uno de los cónyuges hubiesen sido confiscados, *l.* 10. *del mismo tit.* 4. en el qual dura la sociedad hasta la sentencia declaratoria de la confiscacion, quedando al cónyuge inocente entera la mitad de los bienes ganados hasta entonces. Y pierde tambien su mitad á beneficio de los herederos de su marido, la muger que siendo viuda viviere lujuriosamente, *l.* 5. *d. tit.* 4.

21 Piensan por lo comun nuestros Intérpretes, que en el caso de que muerto un cónyuge, continúen sus herederos en vivir en comunion de bienes con el supérstite, se entiende tácitamente continuada esta sociedad. Pero siempre nos ha parecido mejor la contraria opinion de Matienzo, por ser muy sólidas las razones en que se funda. I. Que disuelto el matrimonio, cesa la razon que la introduxo. II. Que siendo esta sociedad especial, que se desvia algo de las demas sociedades regulares, es de estrecha interpretacion, y no debe ampliarse. III. Que no

viniendo esta sociedad de la convencion ó voluntad de las partes, como las otras, sino de sola la ley, es arriesgado extenderla presumiéndola renovada á pretexto de un tácito consentimiento. Creemos pues, que en el caso de la qüestion, no debe entenderse renovada ó continuada esta sociedad, sino contraida otra nueva de los bienes que ganaren los contrayentes, bastante diferente de esta, como verémos tratando del contrato de sociedad: la qual puede contraerse tácitamente, como allí dirémos.

22 No son objetos de esta sociedad los bienes que tenian los cónyuges ántes de contraer el matrimonio; pues quedan privativamente propios de aquel de quien eran antes, *l.* 3. *d. tit.* 4. Ni tampoco las herencias ni donaciones que se hicieren al marido ó á la muger, que solo las gana para sí aquel á quien se dexaren ó dieren, *l.* 5. *d. tit.* 4. Ni los bienes castrenses y oficios Reales, sino es que fueren ganados á costa comunal de ambos, *d. l.* 5. *lib.* 2. *d. tit.* 4. Y lo mismo decimos de las donaciones remuneratorias, esto es, que las adquiere solo el donatorio, si se le hicieron en contemplacion de servicios propios suyos; y que entran en la compañía, si fuéron hechas por servicios de los dos, como lo prueba Gutier. *pract. quæst.* 119. García *de conjug. ac quæst. n.* 125. quiere que indistintamente pertenezcan á la sociedad; y al contrario que nunca, Matienzo *en d. l.* 2. *glos.* 6. cuya opinion se podrá seguir en caso de duda, porque sobre ser bastante conforme á la ley, es expedíta.

23 Pertenecen pues solamente á esta sociedad aquellos bienes que qualquiera de los cónyuges ha comprado, ó ganado por otro título con su trabajo ó industria, *l.* 1. *d. tit.* 4. y los frutos y rentas de los bienes y oficios de cada uno de ellos, aunque provengan de bienes de uno solo; y de consiguiente si al marido le dexan una herencia, será esta de él solo; pero los frutos que ella produxere de los dos, *d. l.* 3. *y* 5. *d. tit.* 4. de cuyas leyes infieren Gutierrez, Azevedo y otros, que los estipendios

y salarios, que gana el marido, Juez, Abogado ó Médico, son comunes entre marido y muger, por ser frutos civiles de estos oficios, y segun *d. l.* 5. pertenecen á esta sociedad los frutos y rentas de qualesquiera oficios. Y adviértase, que no solo entran en esta sociedad los frutos percibidos, sino tambien los pendientes. En los árboles y viñas es menester, que aparezcan; pero en quanto á sembrados entran hasta las impensas hechas en barbechar para sembrar, como lo dispone la *ley* 10. *tit.* 4. *lib.* 3. *del Fuero Real*, recibida en la práctica, segun Matienzo en la *d. l.* 3. *glos.* 1. y Gomez en la 53. *de Toro n.* 71. Y asimismo pertenecerán á esta sociedad y serán de ambos los aumentos ó mejoras de los bienes de qualquiera de ellos, que provengan de su industria ó trabajo; pero no aquellos, que hayan venido sin trabajo, por solo el beneficio del tiempo, porque estos siguen en un todo la naturaleza de los mismos bienes de que son aumentos; y lo mismo sucederá en qualquier aumento natural, como si al campo del marido se le hubiese añadido algo por aluvion. Y segun esta doctrina, que admiten como cierta nuestros Autores, Covarrubias, Gomez, Matienzo, el aumento que tuvo en el año 1779. *que es la ley* 18. *tit.* 17. *lib.* 9. *de la Nov. Roc.* la moneda de oro, fué del dueño de ella tan solamente. Si el marido hubiese mejorado una casa ó campo suyo, plantado viñas ó árboles, no tendrá la muger derecho á porcion alguna del campo, ni á la mitad de lo que mas vale el campo, sino solo á la mitad de lo que se gastó en mejorarle, como lo prueba bien Febrero en sus *cinco juicios*, *lib.* 1. *c.* 4. §. 3. *n.* 74. Y por lo mismo será tambien todo el campo de la muger, si fuere suyo. Ni tampoco tiene derecho á las mejoras hechas en las cosas de Mayorazgos, porque todas ceden al mismo mayorazgo, como veremos en el *lib.* 2. *tit.* 6. *n.* 33. Si uno de los cónyuges adquiriere alguna cosa por derecho de retrato, será de él solo, porque solo en él concurren los requisitos de retrato; pero tendrá el otro derecho à la mitad del precio que costó, Mo-

lin. *de just. et jur. disp.* 433. Gom. en la *ley* 70. *de Toro*, *n.* 28. Será asimismo de solo el cónyuge permutante la cosa que adquirió dando en permuta otra suya, porque aquella subrogada en lugar de esta, se juzgará una misma con ella. Solo tendrá el otro derecho á la mitad de las vueltas, si las dió el permutante; porque en quanto á ellas hubo adquisicion. Si se comprare alguna cosa con dinero que era de uno solo de los cónyuges, será comun, con derecho en el comprador de sacar del cúmulo de gananciales para sí, el precio que dió por ella, *l.* 11. *tit.* 4. *lib.* 3. *del Fuero Real.* Molin. en *d. l. disp.* 433. Gutier. *lib.* 2. *pract. quæst.* 117. Matienz. en la *ley.* 1. *tit.* 4. *lib.* 10. *de la Nov. Rec. glos.* 2.

24 El dominio de los bienes adquiridos durante el matrimonio, á los que solemos llamar *gananciales*, es comun por mitad del marido y la muger, *l.* 1. *y* 4. *d. tit.* 4. sin atenderse à que uno haya llevado al matrimonio mas caudal que el otro, *l.* 3. *d. tit.* 4. Y prueba latamente Matienzo, que esta comunion de bienes se entiende en quanto al dominio y á la posesion. Pero advierten Covarrubias y Azevedo, que el dominio y posesion en quanto á la muger son *in habitu*, y no *in actu*, como suele decirse, pasando al acto por la disolucion del matrimonio, y que solo el marido le tiene durante este *in actu*; y de ahí viene, que solo él puede enagenar estos bienes mientras durare el matrimonio, sin el consentimiento de la muger, valiendo la enagenacion, sino es que se probare haberla hecho con ánimo de defraudar ó perjudicar á la muger, *d. l.* 5. *tit.* 4. Y por quanto *esta ley*, para que no valga la enagenacion, exîge expresamente este mal ánimo, allí: *Por defraudar o damnificar á la muger*, convienen casi todos nuestros Intérpretes, ser válidas las enagenaciones, que sin este ánimo hiciese el marido, jugando ó viviendo viciosamente, Gomez, Gutierrez, García *de conjug. acq. n.* 66. en donde responde á los argumentos de Ayora, que pensó de otra manera; y se sueltan bien con lo que acabamos de de-

cir. Y si baxo la potestad de enagenar que compete al marido, se comprehende la de dar, lo disputan nuestros Autores, afirmándolo Antonio Gomez con otros, y negándolo otros con Matienzo. En cuya qüestion nos parece bien la media sentencia, que defienden Molina *de Hispan. primog. lib.* 2. *cap.* 10. y Gutierrez *lib.* 2. *prac. quæst.* 121. de que puede el marido hacer donaciones moderadas; mas no copiosas, y sin causa, que disipan el patrimonio.

25 Esta potestad de enagenar que concede la ley al marido está limitada á las enagenaciones entre vivos, como rectamente advierte Azevedo, fundado en las palabras de la misma *ley* 5. allí: *Que los pueda enagenar el marido, durante el matrimonio*; y mas abaxo: *Y que el contrato de enagenamiento vala.* No puede pues el marido disponer en su testamento de la mitad de los bienes gananciales que pertenecen á su muger; sí que por lo contrario disuelto el matrimonio por la muerte del marido, conseguirá esta la libre administracion de dicha mitad, pudiendo disponer de ella de la misma suerte que de sus demas bienes libres, sin obligacion de reservar en su razon cosa alguna, ni en la propiedad, ni en el usufructo, para los hijos que tuviere de otro matrimonio que hubiese contraido antes, como expresamente lo establece la *ley* 6. *de d. tit.* 4. Y en su conseqüencia, si el marido legare algo á su muger, esta tendrá el legado, sin diminucion de la mitad, *l.* 8. *d. tit.* 4.

26 Puede la muger renunciar el derecho que tiene á la mitad de los gananciales; y si lo hiciere no es obligada á pagar parte alguna de las deudas, que el marido hubiere hecho durante el matrimonio, *l.* 9. *d. tit.* 4. Que pueda hacer esta renuncia antes y despues del matrimonio, ninguno lo dificulta; pero con respecto al tiempo en que este consta, hay diversidad de opiniones. La mas comun que defienden el Sr. Covar. *de matrim. par.* 2. *cap.* 7. *n.* 14. Ant. Gom. en la *ley* 60. *de Toro* (*d. l.* 9.) Gutier. *lib.* 2. *prac. quæst.* 126. Matien. y otros muchos, es que tambien puede hacerla entonces, porque ademas de hablar la

ley generalmente, usa de las palabras: *Marido*, *muger*, que propiamente se dicen constando el matrimonio, como advirtió Azevedo en *d. l.* 9. y satisfacen lo que siguiendo la contraria dicen Greg. Lop. en la *glos.* 3. *de la l.* 5. *tit.* 11. *P.* 4. y Molin. *de just. et jur. disp.* 435. que las donaciones entre marido y muger estan prohibidas, diciendo no estarlo aquellas en que el donante no se hace mas pobre, aunque el donatario que aquí es el marido, se haga mas rico, como lo expresa *d. l.* 5. *tit.* 11. Y porque el dominio que adquiere la muger no es irrevocable, sino revocable dependiente de la enagenacion que puede hacer el marido, y por ello el renunciarlo es mas no adquirir que dar, como prueba Gom. en *d. l.* 60. inclinamos algo mas á esta opinion afirmativa; pero debemos confesar ser de tanto peso las otras razones de la contraria, que casi pueden considerarse las dos por igualmente probables; y juzgamos que quando ocurra el caso, debe decidirlo el Juez por la negativa, si hallare por el exámen del hecho, que para otorgar la renuncia hubo seduccion, amenazas, ó qualquiera otro engaño de parte del marido; y por la afirmativa, si nada de esto hallare, ó en caso de duda.

27 En toda sociedad para liquidar las ganancias, se sacan primero las cargas; y de consiguiente siéndolo de esta conyugal la de dar dote á las hijas, y hacer donaciones *propter nuptias* á los hijos, como que nace del mismo matrimonio: de ahí viene que las dotes y donaciones deben sacarse de los gananciales. Y esto tiene lugar no tan solamente quando ambos cónyuges prometieren dotar ó hacer estas donaciones, sino tambien quando el marido solo. Si los bienes gananciales no bastaren, pagará cada cónyuge por mitad de sus bienes propios lo que faltare, si prometieron los dos; pero solo el marido, si él solo hubiese hecho la promesa, *l.* 4. *tit.* 3. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* Cuya sentencia *de esta ley* la extienden nuestros Intérpretes al caso, en que muerto el un cónyuge, lo prometiese el supérstite: y con razon, porque estas dotes y donaciones siempre son carga de esta sociedad, que disminuyen

sus ganancias, Azevedo, Matienzo, Covarrúbias. Gomez en la *ley* 53 *de Toro* siente lo contrario con razones que se sueltan bien por lo que acabamos de decir.

28 Otros efectos civiles del matrimonio á beneficio de los maridos, relativos á sus mugeres, se hallan establecidos en varias leyes del *tit.* 1. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* y en la 7. *tit.* 2. *lib.* 10. *Nov. Rec.* quales son: I. Que ninguna muger pueda sin licencia de su marido, mientras durare el matrimonio, repudiar ninguna herencia que le viniese por testamento ó abintestato, ni aceptarla sino á beneficio de inventario, *l.* 10. *tit.* 20. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* (54 *de Toro*). II. Que tampoco puede celebrar contrato alguno, ni apartarse de los contraidos, ni dar por libre á nadie de él: ni hacer quasi contratos: ni estar en juicio haciendo ó defendiendo; y si estuviere por sí, ó por su procurador, que nada valga de lo que hiciere, *l.* 11. *tit.* 1. *lib.* 10. *Nov. Rec.* (55. *de Toro*). III. Que el marido pueda dar licencia general á su muger para contraer, y para hacer todo aquello que no podia hacer sin su licencia; y que si el marido se la diere, valga todo lo que su muger hiciere por virtud de la dicha licencia, *l.* 12. *d. tit.* 1. (56. *de Toro*). IV. Que el marido pueda ratificar lo que su muger hubiere hecho sin su licencia, ahora sea la ratificacion general ó especial, *l.* 14. *d. tit.* 1. (58. *de Toro*). Y adviértase en complemento de este asunto: Que el Juez con conocimiento de causa legítima ó necesaria, puede compeler al marido que dé licencia á su muger para todo aquello que ella no podria hacer sin licencia de su marido, y si compelido no se la diere, el Juez se la puede dar, *l.* 13. *d. tit.* 1. (57. *de Toro*): Y que asimismo la puede dar con conocimiento de causa, en el caso de estar el marido ausente, y no se esperare de próximo su venida, ó correr peligro en la tardanza, valiendo todo lo hecho de licencia del Juez, como si el marido la hubiera dado, *l.* 15. *d. tit.* 1. (59. *de Toro*). V. Que el marido en entrando en los 18. años pueda administrar su hacienda y la de su muger, si fuere menor de edad, *l.* 7. *tit.* 2. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.*

29 En vista de esta *l.* 14. establecida en el año 1623. han suscitado los Intérpretes las siguientes qüestiones. I. Si los casados de 18. años conservarán hasta cumplir los 25. el beneficio de la restitucion *in integrum*, en el caso de haber padecido daño por su administracion. II. Si hasta dicho tiempo gozarán del privilegio de tener caso de corte. III. Si podrán intervenir en juicio por sí mismos, sin que intervenga por ellos curador *ad litem*. IV. Si podrán enagenar sus bienes raices, sin decreto del Juez. En las quatro nos parece muy bien la sentencia de Vela, que en su *disert.* 5. resuelve afirmativamente las dos primeras, y negativamente las otras dos. Se funda principalmente en una razon sólida general, extensiva à las quatro, á saber, que por haberse establecido *esta l.* para favorecer á los casados, debe interpretarse en utilidad suya en todos los casos de duda. Y quedará al mismo tiempo libre el casado que entró en los 18. años de su curador que tuviese antes, como lo prueba bien el mismo en *d. disert.* 5. *n.* 2. y en la 6. *n.* 43. manifestando quán útil le es.

30 Esta misma *ley* 7. que concede la facultad de que acabamos de hablar, hace tambien otras concesiones expresando hacerlas todas para facilitar la freqüencia del matrimonio, del qual deben considerarse frutos, y por ello les anotarémos aquí. Son: I. Que los quatro años siguientes al dia en que uno se casare, sea libre de todas las cargas y oficios concegiles, cobranzas, huéspedes, soldados y otros. II. Que los dos primeros años de estos quatro, sean libres de todos los pechos Reales y concegiles, y dé la moneda forera (si acertare á caer en ellos). Cornejo en su *Diccionario histórico y forense del derecho Real de España* explica lo que es moneda forera, y añade haberse extinguido este tributo en el año 1724. y Retes en el *lib.* 7. *cap.* 4. *de sus opúsculos*, latamente *dicha ley* 7. Hay tambien en esta otros privilegios concedidos por razon de tener alguno muchos hijos: pero de estos nos parece mas oportuno tratar quando hablemos de las excusas de la tutela y curadoría.

31 Y es tambien efecto civil del matrimonio, el que pueda ser desheredado el que lo contrae contra la prohibicion de la famosa pragmática del año 1776. de que hemos hablado arriba *nn.* 3. *y* 4.

TITULO V.

DE LAS DOTES, DONACIONES, ARRAS, Y OTRAS DONACIONES ENTRE MARIDO Y MUGER.

Tit. 11. P. 4. Tit. 3. lib. 10. de la Nov. Rec. (1)

1. *Qué sea dote, y quándo puede constituirse.*
2. *Division de la dote, en adventicia y profecticia.*
3. 4. *y* 5. *Division de la dote en estimada é inestimada.*
6. *Quando se dan en dote ganados, ó cosas que constan de peso, número y medida.*
7. 8 *y* 9. *Division de la dote en necesaria y voluntaria.*
10. *Cantidad y tasa de las dotes.*
11. *De los frutos de las dotes.*
12. *Quándo puede enagenarse la dote.*
13. *y* 14. *Quándo debe restituirse la dote.*
15. *De los bienes extradotales ó parafernales.*
16. *y siguientes. De las otras donaciones entre marido y muger, ó entre esposos.*

1 Como apénas hay matrimonios sin dote, y son tambien muy freqüentes en ellos las donaciones y arras, el tratar de esto debe considerarse como apéndice del tratado del matrimonio: y por ello nos ha parecido conveniente hablar aquí de este asunto. Dote es: *El algo que da la muger al marido por razon del casamiento*, *l.* 1. *tit.* 11.

(1) *Tit.* 3. *et seq. lib.* 23. *et tit.* 1. *et seqq. lib.* 24. *Digest.*

P. 4. esto es, donacion, ó á manera de donacion, que la muger ú otro por ella da al marido para ayuda de sostener las cargas del matrimonio, y se reputa propio patrimonio de la muger; y tanto antes de contraerse el matrimonio como despues de contraido, puede constituirse y aumentarse, *d. l.* 1.

2 Se divide en primer lugar la dote en adventicia y profecticia. Es adventicia: *La que da la muger por sí misma de lo suyo á su marido, ó la que da por ella su madre, ó algun otro su pariente, que no sea de la línea derecha, ó algun extraño.* Profecticia se llama: *La que sale de los bienes del padre, ó del abuelo, ó de los otros, que suben por la línea derecha.* Así las explica la *ley* 2. *de d. tit.* 11. Y adviértase con Gregorio Lopez, que en la definicion de la profecticia, por línea derecha, se entiende la varonil ó paterna, como en el derecho Romano lo explicó la glosa, comentando la *ley* 5. *de jure dotium*, que habló en los mismos términos. Ahora, que por el matrimonio salen los hijos de la patria potestad, el efecto de esta division solo es, que quando el padre dió la dote, la lleva la hija á colacion en la division de los bienes paternos, y si la madre en la de los maternos. Si la da un tercero, ó la constituye la misma muger, se hace por la restitucion propia de ella; sin respeto ni limitacion alguna, sino es que dándola alguno que no fuese su padre ó madre, pusiese algun pacto de reversion, que deberia guardarse, *l.* 30. *d. tit.* 11. *al fin.*

3 En segundo lugar se divide la dote en apreciada ó estimada, y no apreciada ó inestimada. Estimada será, si el que la da dixese, doy en dote tal casa, ó tal viña, y la aprecio en cien pesos; é inestimada, si simplemente dixere, doy tal casa ó tal viña, *l.* 16. *d. tit.* 11. El modo ordinario de darse las dotes en el dia, es diciendo, doy en dote mil pesos, en los bienes siguientes: en tal pieza de ropa justipreciada en 50. pesos, en tal en 40. en tal casa en 500. y tal campo en 410. y quando así se hace no hay duda, que es estimada, porque lo que se da es la cantidad, y el señalamiento de bienes pertenece solo al cumplimiento

ó execucion de lo que se da. A las veces se expresa precio, y sin embargo la dote no es estimada, como luego verémos.

4 El dominio de las cosas dotales pasa al marido, sin distincion de ser la dote estimada ó inestimada, *l. 7. d. tit.* 11. Pero llegado el caso de haberse de restituir por la disolucion del matrimonio, ó alguna otra causa, la hay muy grande. Porque si fué inestimada, se deben restituir las mismas cosas que se dieron; y el pro ó daño de haberse mejorado ó empeorado pertenece á la muger; quando por lo contrario es del marido, si hubiese sido estimada, *l.* 18. *d. tit.* 11. El derecho de los Romanos, que estableció lo mismo, señaló la razon en este segundo caso en la *ley* 10. §. 4. *y sig. de jur. dot.* de que en él hay verdadera vendicion; es decir, que la muger vende al marido las cosas que da en dote; y de consiguiente el marido solo es deudor del precio ó estimacion que se da á las cosas, y por lo mismo le pertenece el aumento, diminucion ó extincion de ellas. Esta razon la aprueban y siguen nuestros Intérpretes; y por quanto alguna vez se da á las cosas dotales estimacion, sin ánimo de que resulte vendicion; sí solo con el fin de que conste de su valor, para saberse quanto debe restituir el marido, si debiendo restituirlas en especie, no puede hacerlo por culpa suya; exâmina latamente el Señor Covarrúbias en el *cap.* 28. *de sus qüestiones prácticas*; distinguiendo en muchos casos, quando la estimacion hace ó no hace vendicion: y quando no la hace, se reputa la dote inestimada, y se sigue en su restitucion la regla de las inestimadas, que acabamos de sentar, de que deben restituirse las mismas cosas; y han de abonarse al marido las impensas que en ellas hubiese hecho, en quanto las mejora, haciéndolas de mayor renta: pero no las voluntarias que no sirvieron de mejorarlas, *l.* 32. *d. tit.* 11. *P.* 4. Pero si en el matrimonio hubiere ganancias, deberán gobernarse las ganancias ó mejoras que proceden de las impensas que hizo el marido, por lo que diximos en el *título antecedente*, *n.* 22.

5 Sucede algunas veces, que estimándose las cosas dotales en la constitucion del dote, se pacta deberse restituir, ó las cosas mismas, ó su estimacion. Si así se hiciere, añadiéndose que el derecho de escoger fuese de la muger, seria suyo, perteneciéndole las mejoras, ó detrimento de las cosas, si las escogia; y lo mismo debe decirse, si al marido se le hubiese dado la eleccion, y escogiere restituir las cosas, *l.* 18. *l.* 19. *d. tit.* 11. lo que tambien se debe guardar, si establecida la alternativa, á ninguno de los cónyuges se dió la facultad de escoger; porque entonces tambien seria del marido el derecho de escoger, como advierte Gregor. Lop. en la *glos.* 7. *de d. l.* 18. porque la eleccion es del deudor; que lo es aqui el marido (1). Pero si siendo la eleccion de la muger, escogiese la estimacion, ó siendo del marido, no quisiere dar las cosas, es claro, y lo comprueba el contexto de estas *dos leyes*, que el pro ó el daño seria de este: de suerte que en todos los casos el daño ó pro de las cosas dotales, es de aquel cónyuge en quien paran por elecion suya, ó del otro. Y adviértase, como cosa singular en el particular de estimacion de dotes, que si se sintiere engañado alguno de los cónyuges por haber sido mas alta ó baja de lo que correspondia, puede siempre pedir que se le resarza el perjuicio, y deshaga el engaño, sea cual fuere, quando en las ventas regulares solo compete este beneficio, siendo el engaño en mas de la mitad del justo precio, *l.* 16. *d. tit.* 11. (2).

6 Si se hubiere dado en dote ganados no apreciados, el pro ó daño acaecido en ellos seria de la muger, por lo que hemos dicho arriba *n.* 4. Pero se debe advertir, que si murieren algunas reses, ha de restituir el marido otras tantas en lugar de ellas, nacidas de las que le diéron, *l.* 21. *d. tit.* 11. Si lo dado fuese cosa que consta de peso, número ó medida, esto es, que de esta manera está en el comercio y uso de los hombres, de-

(1) *L.* 10. §. *ult. de jur. dot.* (2) *L.* 6. §. *ult. l.* 22. §. 1. *eod.*

be el marido restituir otro igual tanto de la misma calidad, *d. l.* 21. (1).

7 Se divide en tercer lugar la dote en necesaria y voluntaria. Necesaria es la que da el padre y el abuelo y bisabuelo paterno en su caso y lugar, como luego verémos, *l.* 8. *d. tit.* 11. y qualquier otro, que por haberla prometido, *l.* 10. *d. tit.* 11. puede ser apremiado á darla. Voluntaria es la que da la madre, ú otro por su voluntad, *d. l.* 8. Es necesaria la que dá el padre, porque sino quisiere darla á la hija que tiene en su poder, puede ser apremiado á que la dé, aun en el caso que la hija no fuese pobre, segun lo expresa la misma *ley* 8. Y si se objetara que el padre no tiene obligacion de dar alimentos á la hija rica, responderiamos no valer la paridad de alimentos á dote; porque aquellos solo se dan para poder subsistir el que los recibe: pero la dote se da para que la hija pueda encontrar con mas facilidad buen marido, y contribuir al alimento y crianza de sus hijos.

8 Y tambien pueden ser apremiados el abuelo y el bisabuelo paterno á favor de la nieta ó biznieta que tuvieren en su poder, si fuese pobre. Asi lo dispuso la *citada ley* 8. *de d. tit.* 11. *P.* 4. en tiempo en que los hijos no salian, por casarse, de la patria potestad, y por ello se veia con freqüencia estar los nietos en la potestad de los abuelos, en los mismos términos en que lo prevenian las leyes Romanas. Pero como salen en el dia, segun diximos arriba, por derecho mas reciente establecido en la *ley* 3. *tit.* 5. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* juzga con razon Gregor. Lop. en la *glosa* 4. *de d. l.* 8. *tit.* 11. *P.* 4. que tendrá hoy lugar la obligacion de dotar en los padres y abuelos paternos sin el requisito de la patria potestad. Y del mismo dictámen es el Señor Covarrúbias; puesto que en la *part.* 2. *de matrim. cap.* 8. §. 6. *n.* 15. defiende, estar obligado el padre á dotar á la

(1) *L.* 42. *eod.*

hija natural, y aun á la espúria, bien que sin exceder los límites de lo que le puede dejar; y en estas es bien seguro no tener patria potestad. Creemos que el haberse hecho mencion de la tal potestad en *d. l.* 8. *tit.* 11. *P.* 4. fué porque entonces era regular concurrir esta circunstancia; pues si bien se considera, es mas natural que civil la causa de esta obligacion en el padre, como reconocen todos los Autores, y abiertamente Covarrúbias en el *lugar citado*.

9 Diximos en el *n.* 7. ser voluntaria la dote que la madre da á su hija, porque lo hace por su voluntad sin poder ser apremiada á ello, como se dice en las *leyes* 8 *y* 9. *d. tit.* 11. *P.* 4. Solo un caso se pone en esta *ley* 9. en que está obligada á darla, y es quando es Hereja, Judía ó Mora, y la hija Cristiana católica. Otro señalan algunos Autores, quando la madre es rica, y el padre pobre, ó no se sabe quien es el padre. Asi lo dictan la equidad y pública utilidad: mas no hemos podido hallar ley que lo apoye. Pero observamos, que *d. l.* 9. manda expresamente, que qualquier hombre que tenga en su poder ó guarda alguna manceba, con todo lo suyo, que fuese ya en edad para casar, puede ser apremiado que la case, y que le establezca dote, segun fuese la riqueza de ella, y la nobleza de aquel con quien la casa.

10 La cantidad de la dote debe regularse por la de los bienes ó riqueza del padre; y asi está tasada en las *leyes* 5. *y* 6. *tit.* 2. *y* 28. *lib.* 10. *y* 12 *de la Nov. Rec.* Y hay ademas otra tasa en *dicha ley* 5. y es, que ninguno pueda dar ni prometer por via de dote ni casamiento de hija, tercio ni quinto de sus bienes, ni se entienda ser mejorada tácita ni expresamente por ninguna manera de contrato entre vivos.

11 El efecto de la dote entregada, es como diximos arriba *n.* 4. que pase su dominio al marido, efectuado el matrimonio, y en su consequencia le pertenecen todos sus frutos, haya sido ó no estimada la dote, *l.* 25. *d.*

tit. 11. *P.* 4. Pero los que percibiere antes de efectuarse el matrimonio, son aumento de la dote, y de consiguiente, los debe restituir, quando restituya la dote, como parte que son de ella. Y es clara la razon de la diferencia, de sostener el marido las cargas del matrimonio, contraido este, y no antes, cesando por ello en este caso la causa porque se le dan, *l.* 18. *l.* 28. *d. tit.* 11. (1). Le pertenecen tambien por la misma razon las crias de los ganados, como fruto que son de ellos; bien que con la obligacion que notamos *arriba n.* 6. Y los frutos del año en que se disuelve ó separa el matrimonio, se deben partir prorata entre marido y muger ó sus herederos, esto es, son del marido por el tiempo en que duró unido el matrimonio, y por razon del restante tiempo del año de la muger, sin respeto alguno de que esten ó no percibidos, *l.* 26. *d. tit.* 11. (2). Y adviértase, que esta doctrina que acabamos de sentar sobre pertenencia de frutos percibidos, constante el matrimonio, debe entenderse sin perjuicio de lo que diximos sobre bienes gananciales en el *título antecedente n.* 21.

12 Puede el marido enagenar como quisiere la dote estimada; porque la hizo suya por título de compra, con sola la obligacion de restituir el precio en que fué estimada. Y al contrario no puede enagenar la inestimada, por haberla de restituir en los mismos bienes que recibió, *l.* 7. *d. tit.* 11. Y si la muger enagenase ú obligase estos bienes inestimados con licencia de su marido (vimos en el título antecedente *n.* 27. no poderlo hacer de otra manera), está recibido por costumbre, que se rescindan estas enagenaciones y obligaciones, en quanto consumen la mayor parte de la dote, para no quedar indotada en perjuicio de la publica utilidad. Y para computar si á la muger le queda ó no salva la mitad de la dote, se ha de atender al tiempo en que se hacen las enagenaciones, co-

(1) *L.* 20. *C. de jur. dot.* (2) *L.* 7. §. 1. *cum seq. solut. matrim. l. un.* §. 9. *C. de rei uxor. act.*

mo lo prueban Larrea *alegac.* 28. y Salgado en *su laberinto part.* 2. *cap.* 4. en donde examina algunas qüestioncillas en este particular, como tambien Castro en sus *Discursos críticos sobre las leyes lib.* 4 *disc.* 6. *exemp.* 3. Pero no podemos dexar de acordar, no observarse esta útil costumbre, quando la muger jura ser su voluntad que valgan estas enagenaciones, como puede verse en Gutier. *de juram. confirm. cap.* 1. y en Larrea *alegac.* 35. *n.* 26. Lo acordamos con dolor, porque siempre lo tendremos de que no se establezca una ley, que quite la fuerza que se da al juramento confirmatorio, en perjuicio de utilísimas y bien meditadas leyes y costumbres civiles.

13 Debe restituirse la dote, quando se disuelve el matrimonio por muerte de qualquiera de los cónyuges, con la diferencia de haberse de restituir desde luego, si los bienes dotales fuesen raices, y dentro de un año, si fuesen muebles, *l.* 31. *d. tit.* 11. *P.* 4. (1). Pero hay tres casos referidos en la *ley* 23 *del mismo título*, en que cesa esta obligacion de restituir, á saber: I. Si los contrayentes hubiesen pactado entre sí, que muerto uno de ellos sin hijos, quedase del otro sobreviviente la dote ó donacion hecha por el marido á la muger. II. Si la muger cometiese adulterio. III. Si fuese costumbre usada de largo tiempo en algun lugar de ganar el marido la dote, si muriere la muger. Y añade la misma ley quedarse en estos casos el marido con la dote, si no hubiese hijos de este matrimonio; y que si los hubiere, pertenecerá á ellos la propiedad, y á su padre ó madre que viviere el usufructo. Y si la muger muriese sin hijos, pero dexando padres, perteneceria á estos la dote, como herederos forzosos que son de ella. Y adviértase, que lo que dice esta ley de no haber en estos casos obligacion en el marido de restituir la dote, lo dice tambien de la donacion que hizo el marido á la muger, que tampoco la obliga á la

(1) *L. un. C. de rei uxor. act.*

restitucion; con sola la diferencia de que en el caso segundo del adulterio, solo habla de quando lo cometiere la muger; pero Greg. Lop. en la *glosa* 1. *de d. l.* 23. funda ser lo mismo si lo cometiere el marido.

14 Ademas del caso de la muerte de uno de los cónyuges, lo es tambien de restitucion de dote el de divorcio, *l.* 26. *l.* 31. *de d. tit.* 11. *P.* 4. porque en ambos cesa la razon de disfrutarla el marido para sostener las cargas del matrimonio, *l.* 7. *l.* 25. *de d. tit.* Y otro circunstanciado se propone en la *ley* 29. *del mismo título*: la cual establece, que si la muger entendiere que su marido por su culpa viene á pobreza, y temiere que le malgastará su dote, puede pedir en juicio, que se la restituya, ó que dé fiador de que no la enagenará, ó que la ponga en depósito de persona que la cuide bien, y recoja los frutos para mantener á los mismos cónyuges. Y avisa y prueba Gregorio Lopez en la *glosa* 4. *de d. l.* 29. que si fuese evidente ser el marido un dilapidador ó pródigo, ni aun dando fiador debia concedérsele la administracion de la dote. Pero si el marido teniendo buena conducta y cuidado en administrar la dote, viniere á pobreza por alguna ocasion, quiere la misma *ley* 29. que no pueda la muger pedir la dote.

15 Tiene la muger á las veces otros bienes ademas de la dote, que se llaman extradotales ó parafernales, del nombre griego *paraferna*, como lo explica la *ley* 17. *de d. tit.* 11. que tambien dice pertenecer su dominio al marido mientras dura el matrimonio, si la muger se los dió con esta intencion: pero no dándoselos, ó no constando de esta intencion, permanecen en el de la muger. Y por derecho mas reciente, que estableció la *ley* 7. *tit.* 2. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* se le concede al marido que haya entrado en los 18. años la administracion de estos bienes, sin que necesite obtener dispensa de edad, como diximos en el *tit. antecedente n.* 27. Por lo tocante á estos bienes parafernales tiene la muger el mismo privilegio que en los dotales, de estar hipotecados para su

restitucion todos los bienes del marido, aunque no se constituya expresamente la hipoteca, por solo el beneficio de la ley, *d. l.* 17. Del privilegio de esta hipoteca respecto de otras, tratarémos en lugar mas oportuno: como tambien del privilegio de competencia que tienen los cónyuges, y de lo que corresponde quando se quita la dote por eviccion.

16 Hasta aqui hemos tratado de lo que se da al marido á nombre ó cuenta de la muger: hablemos ahora de lo que recibe la muger á cuenta ó nombre del marido. Las leyes de las Partidas, á imitacion de las Romanas, reconocieron la donacion que estas llamaron *propter nuptias*, diciendo que en España se llamaban propiamente *arras*, y era la donacion que da el marido á la muger por razon de casamiento, *l.* 1. *d. tit.* 11. *P.* 4. Y segun la *l.* 23. *del mismo título*, quisieron, como las Romanas, se guardase igualdad entre estas donaciones y las dotes, y la misma imitacion persuade la *ley* 7. *del propio título*. Pero ya observó Antonio Gomez en la *ley* 50. *de Toro n.* 11. no estar en uso en España, ni en otras partes estas donaciones *propter nuptias*, y al *n.* 12. que se diferencia mucho de ellas, lo que ahora llamamos *arras*, como luego veremos.

17 Otras donaciones conocieron los Romanos bajo el nombre *sponsalitia*, como se lee en varias leyes del título del Código *de sponsalibus, et arrhis sponsalitiis*. Las nuestras las han adoptado, con la añadidura de haberles puesto tasa. Se hacen antes de celebrarse el matrimonio, y casi siempre por el esposo á la esposa, y alguna vez al contrario. Aunque se hacen francamente sin expresarse en ellas condicion alguna; con todo si dexa de celebrarse el matrimonio por culpa del que recibió la donacion, debe restituirla. Mas si acaeciese por aventura ó casualidad no cumplirse el matrimonio, debe distinguirse diciendo, que si muriese el esposo sin haber intervenido osculo, debe restituirse á sus herederos todo lo que dió: pero sola la mitad si intervino: y si la esposa fuese la que dió, lo recobra todo,

l. 3. *d. tit.* 11. *P.* 4. *l.* 3. *tit.* 3. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* (1). Estas donaciones suelen hacerse en joyas y vestidos preciosos; y no pueden exceder la octava parte de la dote, *ll.* 6. *y* 7. *tit.* 3. *lib.* 10. *de la Nov. Rec*: y añade esta misma *l.* 7. que el exceso, si le hubiere, debe aplicarse á la Cámara del Rey, haciendo una pintura tan viva de lo ruinosos que son al estado estos excesos, que no puede leerse sin llorar. Pero á pesar de ser tan útil é importante esta prohibicion, la vemos continuamente despreciada, y efectivos los grandes perjuicios, que intentó atajar: aunque se repitió en *las leyes* 2. *y* 8. *tit.* 3. *y* 8. *lib.* 10. *de la Nov. Rec. al cap.* 25. Y en el *siguiente* 26. se manda, que los Mercaderes, Plateros de oro y plata, Longistas, ni otro género de personas, ni por sí ni por interposicion de otras, puedan en tiempo alguno pedir, demandar ni deducir en juicio las mercadurías, y géneros que dieren al fiado para dichas bodas á qualesquiera personas de qualquier estado, calidad y condicion que sea. Y en el 27. previene tengan las Justicias ordinarias la jurisdiccion privativa para conocer de los casos, que miraren al castigo y execucion de las penas de contravencion. Nos asombra el cotejar tan justas, útiles, zelosas y repetidas leyes con su total inobservancia.

18 Tenemos tambien en España otra donacion que se llama *arra*, la qual es: *Donacion hecha á la esposa por el esposo en remuneracion de la dote, virginidad ó nobleza*, como la difine Antonio Gomez en la *ley* 50. *de Toro n.* 12. en donde enseña, que tambien puede hacerse efectuado ya el matrimonio, y lo mismo dice el Sr. Covarrúbias *part.* 2. *de matrim. cap.* 3. §. 7. *n.* 14. en cuyos lugares añaden los dos, diferenciarse mucho esta donacion de la que se llama *propter nuptias*, aunque así se apellida en la *l.* 1. *d. tit.* 11. *P.* 4. pues esto podrá entenderse atendidas las leyes de las *Partidas*; pero no despues de publicadas las *de Toro*, que dieron otra significacion muy diversa á la donacion *propter nuptias*, como presto explicaremos. Y tambien tienen

(1) *L.* 15. *C. de donat.*

su justa tasacion las arras, que no puedan exceder la décima parte de los bienes del marido, *l.* 1. *tit.* 3. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* que prohibe ademas su renunciacion, é impone la pena de privacion de oficio al Escribano que diere fe de algun contrato en que intervenga tal renunciacion. Pero adviértase que esta tasacion, que trae su orígen de la *ley* 2. *tit.* 2. *lib.* 3. *del Fuero Real*, no dice respecto solamente á los bienes actuales del marido al tiempo en que se constituyen las arras, sino tambien á los que despues adquiriere.

19 El dominio de las arras, seguido el matrimonio, es absolutamente de la muger, y de consiguiente muerta ella, testada ó intestada, pertenece á sus herederos aun sobreviviendo el marido, *l.* 2. *tit.* 3. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* Pero si á la muger se le hubiere hecho la donacion que hemos explicado en el *n.* 17. y prometídosele arras, solamente tendrá derecho ella ó sus herederos de escoger ó lo que se le dió, ó las arras dentro de 20. dias contadores desde que les requirieron el marido ó sus herederos; y pasados estos sin haber hecho la eleccion, compete el derecho de hacerla al marido ó sus herederos. *l.* 3. *tit.* 3. *lib.* 10. *Nov. Rec.*

20 Otra donacion se freqüenta en nuestra España, á la que llaman *propter nuptias* la *ley* 5. 9. *tit.* 3. *y* 6. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* (25. *y* 29. *de Toro*) la qual hacen los padres á sus hijos en contemplacion del matrimonio que han de contraer, para que puedan llevar con mas honor y comodidad sus cargas: de suerte que es muy diferente de la otra que llamaron tambien *propter nuptias* las *leyes de las Partidas*, como hemos manifestado arriba *n.* 16.

21 Solo nos resta en el particular de que tratamos, hablar de las donaciones que se hacen entre los cónyuges despues de casados, no por razon de casamiento, sino por el amor que se tienen. Estas estan prohibidas, porque no les engañe el mutuo amor, despojándose el uno al otro; y porque el que fuese mas escaso, seria de mejor condicion, que el que es franco en dar. Son pues de ningun valor las que se hicieren, *l.* 4. *d. tit.* 11. *P.* 4. Esta prohibicion solo

tiene lugar en aquellas donaciones, por las quales el que las recibe se hace mas rico, y el otro mas pobre: de suerte que si faltara una de estas circunstancias, valdria la donacion (1), como por exemplo, si se dexara alguna herencia al marido, substituyéndole á su muger, y el marido renunciara su institucion, sin haber adido la herencia, en cuyo caso tendria valor la substitucion, porque aunque esta renuncia hacia mas rica á la muger, no empobrecia al marido; por cuya razon valdrá tambien la donacion de una cosa agena; porque al paso que puede servir al donatario para usucapiarla, ó adquirirla por tiempo, no hace mas pobre al cónyuge donante. Y lo mismo deberá decirse, si la donacion hacia mas pobre al donante, pero no mas rico al donatario, como si se le diera lugar para que se hiciese sepultura, construyera una Iglesia, ó cosa semejante, en cuyos casos concurre ademas la razon de valer, de que cede esto en honor de Dios, *l.* 5. *l.* 6. *d. tit.* 11. que ponen estos exemplos (2). y tambien valdria, si el que la hizo murió antes que el otro que la recibió, sin haberla revocado. Pero lo contrario debera decirse, si ó no muriese antes, ó la hubiese revocado por palabras ó por hechos, vendiendo ó enagenando de otra manera las cosas que habia dado, *l.* 4. *d. tit.* 11. (3).

TITULO VI.

DE LA LEGITIMACION, Y DEL PORFIJAMIENTO O ADOPCION.

Tit. 7. et 15. P. 4. (4).

1. 2. *y* 3. *Qué sea legitimacion, y sus especies.*

(1) *L.* 5. §. 26. *de donat. int. vir. et uxor.* (2) *D. l.* 5. §§ 8. 13. *et* 14. *de donat. int. vir. et uxor.* (3) *L.* 32. §§. 2. *et* 9. *eod.* (4) *Tit.* 10. *et* 11. *lib.* 2. *Inst.*

4. *Qué sea adopcion, y sus especies.*
5. *Diferencias entre la adrogacion y la adopcion.*
6. *Cómo pueden ser adrogados los mayores de 7. años.*
7. *Quiénes pueden adoptar, y quiénes no.*
8. *Efectos de la adopcion.*

1 Lo mucho que ofrece de que tratar el matrimonio, que como diximos en el *título* 4. *n.* 1. es la causa natural y mas principal de la patria potestad, nos ha detenido hasta ahora. De las otras dos, que son civiles, vamos á hablar brevemente. La legitimacion es: *Un acto por el qual se hacen legítimos los hijos que antes no lo eran.* Las leyes Romanas establecieron ser tres los modos de legitimar, por subsiguiente matrimonio, por ofrecimiento á la Curia, y por rescripto del Príncipe (1). Y aunque algunos de sus Intérpretes añadieron otro en el caso de que el padre en su testamento ú otro instrumento firmado por tres testigos, nombrara á alguno por hijo; siente la mayor parte de ellos, que la novela en que se pretende apoyar este modo de pensar, mas significa ser prueba de ser legítimo en tal hijo, que verdadera legitimacion. A imitacion de todo esto hablan la *ley* 4. *y siguientes del título* 15. *P.* 4. distinguiendo tambien, como lo hicieron las Romanas, varios ramos en el segundo modo por oblacion á la Curia. Pero reconocen nuestros intérpretes no estar este en uso, ni le permite la constitucion del gobierno de los Pueblos. Y del quarto dice Greg. Lop en la *glos.* 7. *de la ley* 7. *de dicho tit.* 15. *P.* 4. lo mismo que la mayor parte de los Intérpretes Romanos, esto es, que mas es prueba de ser legítimo el hijo, que legitimacion verdadera.

2 En conformidad de lo que acabamos de referir, decimos, que solo tenemos en España dos modos de legitimacion. El mas freqüente y recomendado es el que

(1) §. 13. *d. tit.* 10. *nov.* 74. *cap.* 2.

nace del subsiguiente matrimonio, quando el padre habiendo tenido hijos de alguna barragana ó muger soltera, se casa despues con ella, *l.* 1. *tit.* 13. *P.* 4. en cuya *glosa* 8 disputa Gregorio Lopez, si basta que la muger sea soltera, ó es menester que ademas la haya retenido en su casa el padre, inclinando, á nuestro dictámen, con razon, á no ser esto necesario. Esta doctrina tiene lugar, si el padre era soltero quando tuvo el hijo de la barragana ó concubina, porque si era casado, no le hará legítimo, el que muerta despues su muger, se casase en seguida con la barragana, como expresamente lo dispone la *ley* 2. *tit.* 15. *P.* 4. *al fin*, dando por razon: *Que los tales hijos fueron hechos en adulterio*: la qual no dexa de dar fuerza á la opinion de Gregorio Lopez, que antes hemos manifestado.

3 El otro modo de legitimar es por rescripto del Príncipe, del qual habla asi la *ley* 4. *de d. tit.* 15. *Piden merced los omes a los Emperadores, e a los Reyes en cuyo señorío viven, que les faga a sus hijos, que han de barraganas, legitimos. E si cabe su ruego, e los legitiman, son dende en adelante legitimos.* Y tambien se concede esta legitimacion á pedimento de los mismos naturales, que funden su súplica en haber manifestado esta solicitud en el testamento, su padre que no tenia otros hijos legítimos, *l.* 6. *d. tit.* 15. Y de la palabra *naturales* de que usa esta *ley*, infiere Greg. Lop. en su *glosa* 1. no tener lugar la legitimacion que ella concede en los hijos espúreos. Y en la *glosa.* 2. que las legitimaciones por rescripto de Príncipe, no valen, si hay hijos legítimos, sino es que se exprese así. Y adviértase, que estas legitimaciones solo sirven para efectos civiles, porque para los canónicos las debe conceder el Papa, como expresamente lo dice la *citada ley* 4. *de d. tit.* 15. Legitimados los hijos por qualquiera de estos modos, es consiguiente, que esten en la patria potestad de su padre, obrando esta en ellos sus efectos, que es la causa de que hemos tratado aqui de la legitimacion. Los derechos de suceder los legitimados,

les explicaremos con mas oportunidad, quando hablemos de los testamentos, y de las sucesiones intestadas.

4 Lo que los Romanos llamaron *adoptio*, llaman las leyes de las Partidas *porfijamiento*; pero en atencion á la pesadez de este nombre, y que tal vez por esta causa está recibido entre nosotros el nombre *adopcion*, y se halla en la *l.* 9. *tit.* 16. *P.* 4. usaremos de él y sus derivados, en lugar del *profijamiento* y los suyos. Es pues la adopcion: *Una manera que establecieron las leyes, por la qual pueden los omes ser fijos de otro, maguer no lo sean naturalmente*, *l.* 1. *d. tit.* 16. *P.* 4. Constituye tambien la patria potestad, *l.* 7. *tit.* 7. *P.* 4. y esta es la causa de que tratamos aqui de ella. Nuestras leyes la dividen en las mismas dos especies en que la dividieron las Romanas (1); y toman tambien de ellas sus nombres, llamando á la una *arrogacion*, y acomodando á la otra el del género, diciéndola *adopcion* sin añadidura alguna, *l.* 9. *tit.* 16. *P.* 4. y asi tomaban este nombre como á género, ó como á especie. Usaremos aqui de estos nombres, porque facilitan su explicacion.

5 Diremos pues al tenor de lo que acabamos de decir, ser la arrogacion: *Porfijamiento de ome, que es por si, et non ha padre carnal: e si lo ha es salido de su poder, e cae nuevamente en poder de aquel, que lo porfija*, *d. l.* 7. *tit.* 7. *P.* 4. ó por decirlo con menos palabras, es: *Adopcion de hombres que no estan en la patria potestad de otros.* Se hace, preguntando el Rey á dos si quieren que el uno sea padre del otro; y respondiendo ambos que sí, diciendo el Rey que lo otorga, y en seguida se les debe dar el título, *d. l.* 7. De la adopcion en especie dice *esta misma ley* poderse hacer de otorgamiento de qualquier Juez; y que es: *Porfijamiento de ome, que ha padre carnal, e es en su poder.* En la arrogacion es necesario el consentimiento expreso del que va á ser hijo; pero en la adopcion basta el tácito, esto es,

(1) §. 1. *Inst. de adopt.*

que calle, ó no lo contradiga, *l.* 1. *tit.* 16. *P.* 4. Y de ahí es no poder ser arrogados los infantes ó menores de 7. años; por no tener entendimiento para consentir, *l.* 4. *d. tit.* 16.

6 Al paso que esta *ley* 4. prohibe que puedan ser arrogados los infantes, concede la facultad de que puedan serlo los que cumplidos los 7. años son menores de los 14., dando la razon de que aunque no tengan el entendimiento cumplido, no son menguados de entendimiento del todo. Pero el Rey cuyo otorgamiento es necesario, como lo dice *esta misma ley*, y en términos generales de arrogacion la 7. *tit.* 7. *P.* 4. como vimos en el *número antecedente*, quiere se tengan presentes en estas arrogaciones de que hablamos, varias circunstancias que se expresan en la *misma ley* 4. y son: Qué hombre es aquel que le quiere adoptar, si es rico, ó si es pobre, ó si es pariente ó no, y si tiene hijos que hereden lo suyo, ó si tiene tanta edad, que los pueda aun haber: e de qué vida es, e de qué fama; y qué riqueza ha el niño. Y si exâminadas estas cosas, se entendiere moverse con buena intencion para hacerlo el arrogador, y que es provechoso al mozo, se le otorgue. Y asimismo quiere que antes de otorgar esta arrogacion, se cuide que no se menoscaben los bienes del mozo: á cuyo fin debe dar caucion el arrogador, de que si el mozo muriese antes de los 14. años, entregará todos sus bienes á aquellos á quienes pertenecerian por herencia ó legados, si el mozo no hubiese sido arrogado. Cuya caucion debe autorizarse por Escribano público; y si no se hiciere, es obligado á cumplirlo el arrogador, como si se hubiese autorizado. Y segun la *l.* 8. *de d. tit.* 16. si el arrogador sacase sin razon de su poder al que arrogó; ó le desheredase, está obligado á darle todo lo suyo con que entró en su poder, con todas las ganancias que despues hizo, menos el usufructo que recibió de los bienes de dicho arrogado, mientras le tuvo en su poder; y demas de esto la quarta parte de todo quanto hubiere.

7 Puede adoptar qualquiera hombre libre que no esté en poder de su padre con tal que exceda al que quiere adoptar en 18. años de edad, y pueda tener hijos naturalmente, *l.* 2. *d. tit.* 16. *P.* 4. esto es, que no tenga impedimento para tenerlos por su misma naturaleza. Pero si le tuviese no por su nataraleza, sino por enfermedad, fuerza ó daño que hubiese padecido, bien podrá adoptar, *l.* 3. *d. tit.* 16. Ninguna muger puede adoptar sino en el caso de haber perdido algun hijo en batalla, en servicio del Rey, ó de algun Consejo en que lo hubiese encartado, en el qual puede hacerlo para consuelo del hijo que perdió, con otorgamiento del Rey, y no de otra manera, *d. l.* 2. Con el mismo otorgamiento, y no de otra suerte, podrá adoptar el que fue tutor al que tuvo en su tutela, si este tiene ya 25. años: pero antes de ningun modo, *l.* 6. *d. tit.* 16. Ni tampoco puede adoptar ninguno á forro, ó aforrado ageno, *l.* 5. *d. tit.* 16.

8 Es efecto de la adopcion, que el adoptado pase á la patria potestad del adoptante. Pero hay de esta regla alguna limitacion. En la arrogacion tiene siempre lugar la regla, *l.* 7. *tit.* 7. *P.* 4. En la adopcion en especie hay distincion; pues aunque esta misma *l.* 7. dice generalmente que no pasa, la hallamos expresa en las *leyes* 9. *y* 10. *de d. tit.* 16. En la 9. se dice no pasar el adoptado á la patria potestad del adoptante, si este no fuere ascendiente suyo; y en la 10. que pasa, si lo fuere. Esta misma diferencia se observa en el derecho Romano por constitucion de Justiniano (1). Y adviertase, que si en este último caso el padre adoptivo sacase de su poder á su descendiente que habia adoptado, volveria este al de su padre natural, como lo expresa *d. l.* 10. Tambien es efecto de la adopcion el producir impedimento para el matrimonio en los términos que diximos en el *tit.* 4. *n.* 14. Del que producen en dar de-

(1) §. 2. *Inst. de adopt.*

recho para suceder, hablaremos al tratar de las sucesiones testadas é intestadas. Los adoptados por muger, claro es que no caen en patria potestad, por ser ella incapaz de tenerla.

TITULO VII.

DE LA TUTELA Y CURADORÍA.

1. *Qué sea tutela.*
2. *A quiénes se puede dar tutor, y á qué fin.*
3. 4. *y* 5. *Division de la tutela: y de la testamentaría.*
6. 7. 8. *Quiénes pueden ser dados tutores.*
9. *El tutor debe ser nombrado señaladamente.*
10. 11. *De la tutela legítima.*
12. *De la dativa.*
13. *Qué debe hacerse quando muchos Jueces dan tutor.*
14. *Modos de fenecer la tutela.*
15. 16. *De los Curadores, y si pueden darse en testamento.*
17. *Qué sea excusa de tutela y cura, y que para ella se necesita de justa causa, menos en la tutela legítima.*
18. 19. 20. 21. *Se refieren y explican varias excusas.*
22. *Descuido notable de Asso y de Manuel en este particular.*
23. *Tiempo para proponer la excusa, y para decidir la causa ó pleyto en su razon.*
24. *Qué sea tutor sospechoso; y se refieren varios que lo son.*
25. 26. *Quiénes pueden acusar: Qué tutores pueden ser acusados de sospechosos: y quáles sean los efectos de la acusacion.*
27. *De las obligaciones del tutor antes de entrar en la tutela.*
28. 29. *De la obligacion de afianzar los tutores; y qué alcanza á la madre y abuela.*

1 Por quanto de los hombres libres, que no estan baxo la patria potestad de otros, unos estan en tutela, otros en curadoría, y otros fuera de todo, y en asunto de tutelas y curadorías hay mucho que advertir, es preciso hablemos aquí de ello con alguna extension. Tutela en latin, dice la *ley* 1. *tit.* 16. *P.* 6. quiere decir tanto en romance, como: *Guarda que es dada al huérfano libre*, *menor de* 14. *años*: *e la huérfana menor de* 12. *años* (1). Y advertimos para proceder con mayor claridad, que en las leyes de las *Partidas* apenas se hallan los nombres, *tutela*, *curadoría*, *tutor*, *curador*, sino en su lugar, los generales de *guarda*, y *guardadores*, distinguiendo por las palabras que añaden, si hablan de tutela ó curadoría, tutores ó curadores: lo que no dexa de causar embarazo. Y para evitarle usarémos aquí de los citados especiales *tutela*, &c. como generalmente lo ha recibido la práctica, y se encuentra en alguna ley de la *Nov. Recop.* y en alguna de las *Partidas*,

(1) §§. 1. *y* 3. *Inst. de tutel.*

aunque con relacion al idioma latino, como en la *ley* 4. *tit.* 5. *P.* 5. *y en d. l.* 1.

2 Por la palabra *libre* de la difinicion, entiende con razon Greg. Lop. en la *glosa* 1. *de dicha ley* 1. no poder estar en tutela el que es esclavo, ni el que está baxo la patria potestad (1). Se dan tutores á los de la expresada edad, aunque no le quieran (2). Y se les dan para que guarden bien sus personas, y por conseqüencia precisa, sus bienes. Y no deben darse para una sola cosa ó pleyto del menor (3), salvo el caso en que se le moviese pleyto de servidumbre, en el qual se le podia dar uno para que defendiese su persona y bienes en el particular del pleyto, *d. l.* 1.

3 Tres son las especies de tutela, testamentaria, legítima y dativa. Testamentaria es: *La que da el padre en su testamento al hijo menor que tiene en su poder*, *d. l.* 2. *l.* 3. *d. tit.* 16. (4). Y sobre el decir esta lo mismo del abuelo, debe advertirse, que saliendo hoy por la *ley* 3. *tit.* 5. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* de la patria potestad el hijo casado y velado, no podrá el abuelo, por faltarle tal potestad, necesaria segun la *misma ley* 3. dar tutor á sus nietos, que hayan nacido de nupcias bendecidas, como sucede casi siempre. Pero sí que le puede dar el padre no solo al hijo nacido, sino tambien al que estuviere en el vientre de su madre, *d. l* 3. *tit.* 16. *P.* 6. porque quando se trata del provecho de estos tales, á quienes se les suele llamar *posthumos*, se reputan nacidos (5), pero no quando les seria perjudicial, *l.* 3. *tit.* 23. *P.* 4.

4 De la madre dice la *ley* 6. *de d. tit.* 16. que si hace testamento en que establece por sus herederos á sus hijos, que no tuviesen padre, bien les puede dar tutor en él. Pero en seguida añade, que este tal tutor no puede usar de los bienes del mozo, á menos de ser confirmado del Juez del Lugar donde son los bienes: cuyo Juez le debe confirmar,

(1) *Princ. cod.* (2) *L. 6. de tut. et cur. dat.* (3) §. 4 *Inst. qui testam. tut. dar. pos.* (4) §. 3. *Inst. de tutel.* (5) §. 4. *Inst. eod. l. 7. de stat. hom.*

y otorgarle la tutela (á esto llaman los Prácticos decernir), sino es que tuviese impedimento legal para serlo. Por las leyes Romanas, era necesaria en este caso la inquisicion ó exámen de las circunstancias del tutor (1). Y no haciendo mencion de ella *nuestra ley*, mueve la qüestion Greg. Lop. en su *glosa* 2. si será ó no necesaria en España; y resuelve no serlo si el menor no tuviese mas bienes que los de la misma madre; pero que si tiene otros lo será respecto de ellos. Dice tambien la *propia ley* 6., que si la madre no instituyera heredero á su hijo, y por otro modo ó título le dexara alguna cosa, podria el Juez confirmarle si quisiese, y de este modo, y no de otro valdria: de suerte que en este caso es voluntario en el Juez confirmarle, y en el otro de estar el hijo instituido heredero preciso. El no valer ningun nombramiento de tutor, hecho por la madre, sin la subsiguiente confirmacion del Juez, es por no tener patria potestad: de la qual nace el derecho de darle, segun lo convence la *ley* 3. *de d. tit.* 16.

5 De la misma manera, si el padre da tutor á su hijo natural en su testamento instituyéndole heredero, ó qualquier á un extraño en los mismos términos, debe el Juez confirmarlo; y así y no de otra suerte será tutor, *l.* 8. *d. tit.* 16. *P.* 4. Y generalmente los tutores testamentarios pueden ser dados pure ó simplemente á cierto tiempo, ó baxo de condicion, segun fuese la voluntad del testador, *d. l.* 8 (2).

6 Pueden ser dados tutores los que no estan prohibidos; y los que estan son el mudo, sordo, desmemoriado ó loco, desgastador de sus bienes ó pródigo, el que fuere de malas costumbres, el menor de 25. años, y la muger, *l.* 4. *d. tit.* 16. Pero en la *glosa* 5. *de esta ley* dice Greg. Lop., que la prohibicion del menor debe solo entenderse en las tutelas legítima y dativa, y no en la testamentaria, que podrá tenerla para administrarla quando fuere mayor. Y es de admirar, que para apoyar esta doctrina no haya

(1) *L. 2. de confir. tut.* (2) *§. 3. Inst. qui test. tut. dar. pos.*

echado mano á la *ley 7. del mismo título* 16. que la prueba expresamente: bien que lo advirtió en la *glosa* 2. *de esta misma ley* 7. Y en quanto á mugeres debe advertirse no alcanzar la prohibicion á la madre y abuela, que pueden tener la tutela de sus hijos ó nietos huérfanos, si prometieren ante el Juez del Lugar donde son ellos, que durante la tutela no se casarán; y renunciaren la prohibicion que establece el derecho de poderse obligar por otro las mugeres, ó como suele decirse, el beneficio del senadoconsulto Veleyano, que prohibió esta obligacion de las mugeres, *d. l.* 4. que añade la razon de estas dos condiciones, diciendo ser la de primera, porque casándose, se sospecha que por el grande amor que toman á sus maridos, descuidarian de guardar bien la persona y bienes de los huérfanos; y de la segunda, porque si no hiciesen la expresada renuncia, no querrian los hombres hacer contratos con ellas, aunque las mismas lo necesitáran para la buena administracion de la tutela, y provecho de los mozos. Y en casando la madre, mientras les tuviere en su tutela, debe el Juez del Lugar en que esto sucediere sacarles luego de ella y su poder, y pasarles á la del pariente mas cercano de ellos, que sea hombre bueno y sin sospecha, y no esté prohibido ser tutor. Y si hallare, que la madre debe dar alguna cosa á los mozos, por razon de haber administrado sus bienes, estan obligados al pago, no solo los bienes de ella, sino tambien los de aquel con quien casó, *l.* 5. *de d. tit.* 16.

7 Ademas de los que acabamos de expresar, cuenta la *ley* 14. *de dicho título* 16. por prohibidos á los Obispos y Monjas. Y de los Sacerdotes y demas Clérigos seculares dice, que pueden ser guardadores de sus parientes. Pero que deben ir delante el Juez del Lugar dentro de quatro meses despues que supieren la muerte de su pariente que dexó hijos sin guardador, y decir á este el que quieren serlo de los hijos que lo fueron de su pariente (1). De los deudores del mozo dice, que no pueden serlo, sino es

(1) *Nov.* 123. *cap.* 5.

que el padre en su testamento les nombrase: cuya excepcion la entiende Greg. Lop. *en la glos.* 6. *de d. l.* 14. limitada al caso en que el padre supiese ser el tutor deudor del mozo; y en la 5. añade deber decirse lo mismo si el tutor fuese acreedor del mozo. Tambien dice no poderlo ser el que fuere obligado al Rey por razon del que hubiere tenido ó tuviese sus cilleros ó sus heredades ú otras rentas de que hubiere de dar cuenta.

8 Entre los que estan prohibidos ser tutores no cuentan las *citadas leyes* 4. *y* 16. á los esclavos, porque pueden serlo, segun lo establece la *ley* 7. *del mismo título* 16. en la manera siguiente: Si el testador nombrare tutor de sus hijos á un esclavo propio, aunque no le aforrase por palabras, se hace libre por esta razon, y será tutor de ellos, si fuere mayor de 25. años: y si fuere menor, será tambien forro; mas no será tutor hasta que cumpla dicha edad. Pero si dexase por tutor á un esclavo ageno, no valdria, ni seria tutor.

9 Y debe advertirse, que quando el padre establece á uno por tutor de sus hijos, le debe nombrar y señalar de manera, que se pueda saber ciertamente qual es. Si acaeciese pues, que nombrase á uno, y hubiese otro del mismo nombre, sino pudiese saberse ciertamente qual de ellos era su intencion que lo fuese, ninguno de ellos lo seria, *d. l.* 7. *vers. Otrosí.*

10 En defecto de la tutela testamentaria entra la legítima. Si muriere pues un padre sin haber hecho testamento, ó si lo hubiere hecho, sin nombrar tutor de sus hijos, ó habiéndolo nombrado muriese este antes que el testador, seria tutor legitimo de dichos sus hijos su pariente mas cercano, y si hubiese muchos del mismo grado, lo serian todos, *l.* 9. *d. tit.* 16. *P.* 6. Y en su *glosa* 1. advierte muy bien Greg. Lop. seria lo mismo, si muerto el padre falleciese el tutor que nombró, siendo menor ó impúbere el mozo. Si el menor tuviese madre, le pertenece ante todos esta tutela, y sino la quisiere á la abuela, y en defecto de ambas entran los parientes laterales por su proxîmidad,

d. l. 9. Llámase legítima esta tutela, porque compete por beneficio de la ley, sin intervencion de persona alguna.

11 *La ley* 10. *del mismo título* 16. aprueba la legítima tutela que los Romanos llamaron *patronorum*, esto es, manda que si el señor aforrase á su siervo menor de 14. años, sea su tutor. Pero siendo en España tan rara la esclavitud, apenas podrá suceder este caso.

12 A falta de tutores testamentarios y legítimos entran los dativos (1), llamados así, porque son dados por el Juez. Quando se observa esta falta, la madre y los otros parientes que heredarian al mozo, si muriese sin testamento, deben pedir al Juez del Lugar le dé tutor que sea bueno y rico, y que entienda recibe la tutela mas por beneficio del menor, que de sí mismo. Y si no le pidieren, pierden el derecho que tenian de heredarle si muriese sin testamento. Y siendo los parientes negligentes, ó no habiéndolos, pueden pedirlo los amigos del mozo, ó qualquier otro del pueblo; y el Juez lo debe otorgar por sí mismo, si los bienes del mozo valiesen mas de 500. maravedís (de oro debe entenderse, segun el valor que en otra parte explicaremos): mas si valieren menos, bien podrá mandarlo á otro Juez que sea menor. Y no solamente puede hacer esto el Juez del domicilio del mozo, sino tambien el del Lugar de su nacimiento, ó del de su padre, ó el de aquel en que tuviere el mozo la mayor parte de sus bienes, tanto estando el mozo delante, como no estando, y aunque lo contradixera, *l.* 12. *d. tit.* 16.

13 Y si todos los Jueces que lo pueden dar lo dieren cada uno el suyo, es de dictámen Greg. Lop. en la *glosa* 13. *de dicha l.* 12. que debe ser preferido el que fue nombrado primero; y no apareciendo este, el dado por el Juez del orígen. Nos parece bien su opinion en la primera parte, porque al que ya tiene tutor no se le puede dar otro. Pero no en la segunda, porque al contrario juzgamos debe ser preferido el dado por el Juez del domicilio, fundados

(1) *Princ. Inst. de Atilian. tut.*

en dos razones. La una, por ser este el órden en que estan escritos en esta *ley* 12. Y la otra, porque el tutor se da principalmente para que cuide de la persona del mozo, de cuyas circunstancias tiene el Juez del domicilio mas proporcion para estar enterado. Y en el caso de ser el mozo Grande, deben las Audiencias remitir al Rey la peticion de nombrarle tutor ó curador, que ante ellas se hiciere, *l.* 17. *tit.* 1. *lib.* 6. *de la Nov. Rec.*

14 La *ley* 21. *de d. tit.* 16. refiere los modos de fenecer la tutela en la manera siguiente: I. Por cumplir el huérfano los 14. años, si fuere varon, ó los 12. si fuere hembra (1). II. Por la muerte ó desterramiento del tutor ó del huérfano (2). III. Por la esclavitud de uno de los dos (3). IV. Si fuese dado el tutor á cierto tiempo, ó so condicion, cumpliéndose el tiempo, ó falleciendo la condicion. V. Si adoptasen al huérfano ó al tutor, siendo este de aquellos que son llamados legítimos. VI. Si se excusase el tutor por causa legítima. VII. Si le removiesen de la tutela por sospechoso. Sobre el modo segundo decimos con Greg. Lop. en la *glos.* 2. *de d. l.* 21. entenderse por la palabra *desterramiento*, el que llamaron los Romanos *deportacion*, y hemos explicado en el *tit.* 3. *n.* 6. Sobre el IV. que en lo que dice la ley *so condicion*, quiso significar, *pendiente ó durante alguna condicion.* Vemos lo resiste algo la expresion; pero de otra manera no le hallamos salida. Sino es que digamos, que *so condicion* se puso por *hasta cierta condicion*, segun lo dispuso el derecho Romano (4): pero esto lo impide la palabra *falleciendo*, de que usa la ley. El V. en quanto habla de la adopcion del tutor, por lo respectivo á la tutela legítima, es conforme al derecho Romano, que puso Justiniano en sus Instituciones (5), segun el qual la tutela legítima de los parientes, solo competia á los que lo eran por agnacion, la qual perdia el tutor por su adopcion. Nos

(1) *Princ. Inst. quib. mod. tut. finit.* (2) §§. 3. *et* 4. *eod.* (3) *D.* §. 4. (4) §. 2. *eod.* (5) §. 3. *eod.*

persuadimos que los Componedores del libro de las *Partidas* lo tomaron de ahí, sin reparar que el mismo Justiniano quitó despues las diferencias entre agnados y cognados (1), y que nuestra *ley* 9. *d. tit.* 16. *P.* 4. llama á la tutela á los parientes baxo el nombre general y natural de *parientes*, extensivo no menos á cognados que á agnados; y el tutor despues de adoptado queda cognado. Celebrariamos ver quien discurriese mejor, para conformarnos desde luego con su dictámen. Agnados son los parientes de parte de padre, sin mezcla de ninguna hembra, y por ello conservan su apellido; y cognados los que son por parte de madre, ó alguna hembra.

15 Debemos notar aqui lo perteneciente á la venia ó dispensa de edad que se concede á los menores. Decimos pues: Que los mayores de 20. años pueden pedir en el Consejo dicha dispensa para poder administrar sus bienes, sin licencia ni autoridad de Curador ni otra persona alguna ofreciendo probar su idoneidad. Y en vista de ser justa y correspondiente esta pretension, acuerda el Consejo consultarlo favorablemente á S. M. que suele conformarse y concederla. En virtud de esta venia, puede el que la obtuvo hacer y otorgar qualesquier arrendamientos y contratos sobre sus bienes, y otros qualesquier autos que le convengan judicial ó extrajudicialmente, para recaudar los frutos y rentas de lo suyo, y distribuirlo y hacer de ello como de cosa propia: como tambien tomar cuentas con pago de qualesquier curadores que hayan sido de su hacienda, que deberán dársela. Pero no podrán vender ni obligar los bienes raices de su hacienda sin autoridad ni Decreto de la Justicia, hasta que hayan cumplido los 25. años. Asi lo trae en el *tom.* 1. *cap.* 98. *de la Práctica del Consejo* Don Pedro Escolano de Arrieta, que fue su Secretario, y explica latamente el modo de procederse en esta solicitud. Y nota al principio de dicho *cap.* que si el pretendiente es mayor de 18. años, puede obtener de la Cá-

(1) *Novel.* 118. *cap.* 5.

mara la dispensa de 18 hasta 20 y con Cédula de ella acudir al Consejo á solicitar la referida venia. Hablan de ella la *ley* 6. *tit*. 4. *lib*. 4. 34. *nota* 2. *tit*. 5 *lib*. 10. *y* 7. *tit* 5. *lib*. 10. *Nov. Rec.*

16 Fenecida la tutela por parte del mozo, entran los curadores que se dan á los mayores de 14. años hasta los 25. y tambien á los mayores de esta edad locos ó desmemoriados, esto es, mentecatos, *l*. 13. *d. tit*. 16. Y como el darse á estos procede de no poder ellos por sí cuidar de sus cosas, añade bien Greg. Lop. en la *glosa* 1. *de esta ley*, que tambien deben darse á los pródigos, mudos, sordos, y demas que por perpetua enfermedad no pueden cuidar de sus cosas, segun lo dispuso el derecho Romano (1). Asso y de Manuel en sus Instituciones del derecho civil de Castilla, *pag*. 11. vers. *Muchas* atribuyeron á Greg. Lop. haber dicho en la *glosa* 2. *de la ley* 2. *d tit*. 16. que no habia curadoría legítima para los furiosos, quando alli dixo lo contrario.

17 Los que estan en su acuerdo, dice *d. l*. 13. esto es, los menores de 25. años, á quienes por la sola falta de edad se les dan curadores, no pueden ser apremiados á que los reciban, sino los quisieren; sino es que hicieren alguna demanda á otro, ú otro á ellos (2). Mas si les hubieren recibido ya, no les podrán desechar hasta que cumplan los 25. años, Greg. Lop. en la *glosa* 2. *de dicha l*. 13. Gutier. *de tutel. part*. 1. *cap*. 9. *n*. 18.; pero acordamos lo que diximos en el *tit*. 4. *n*. 28. *al fin*. No puede el curador ser dado en testamento; pero si fuere dado, y entendiere el Juez ser útil al menor, débelo confirmar, *d. l*. 13 (3). Y en este caso estará obligado el menor á recibir este curador confirmado, como lo prueban bien Greg. Lop. en la *glosa* 5. *de. a. ley* 13. y Gutier. *de tutel. part*. 1. *cap*. 19. *n*. 30. Dicha *ley* 13. habla claramente de los curadores hasta el vers. *E aun*, en que dice, *que al huérfano que ha guardador, no le deben dar otro:*

(1) §§. 3. *et* 4 *Inst. de curat*. (2) §. 2. *Inst. de curat*. (3) §. 1. *eod.*

cuya doctrina con las excepciones que alli la siguen, ya la entienden los mismos Lopez y Gutierrez del tutor, como tambien lo estableció el derecho Romano, sentando la famosa regla: *Habenti tutorem tutor dari non potest* (1). Los modos de acabarse la curadoría son los mismos por que fenece la tutela; con las diferencias, que la edad es la de 25. años, y que tambien se acaba si el furioso recobra el juicio, y el pródigo las buenas costumbres.

18 Pasemos ahora á tratar de los que sin embargo de competerles la tutela, dexan de ser tutores, ó porque se excusan, ó porque son removidos. Y advertimos ante todas cosas, que quanto dirémos de tutores, queremos se entienda tambien de curadores. Siendo la tutela un oficio, que aunque no es, hablando con rigor, público, se le considera tal por algunos respectos, mereciendo la Real proteccion los que estan en ella, *l.* 41. *tit.* 18. *P.* 3. *l.* 20. *tit.* 23. *P.* 3. no es de extrañar necesiten de justa causa los que quieran excusarse de administrarla. *Escusanza*, dice la *ley* 1. *tit.* 17. *P.* 6. es como: *Monstrar alguna razon derecha en juicio, porque aquel, que es dado por guardador de algun huérfano, non es tenido de recibir en guarda á el, nin á sus bienes.* Es pues preciso para conseguirla, tener *alguna razon derecha*, ó justa causa. Solo advertimos en este particular, que á nuestro dictámen, no necesitan de causa alguna para excusarse los tutores legítimos, atendidas la *ley* 2. *vers. La tercera*, y la *ley* 12. *en el principio del tit.* 16. *P.* 6. que lo dejan á su arbitrio; y de consiguiente, que solamente es necesaria á los testamentarios y dativos.

19 En la *ley* 2. *de dicho tit.* 17. *P.* 6. se refieren varias de estas justas causas, que son: I. En tener cinco hijos naturales y legítimos vivos, y deben contarse entre los vivos los que perecieron en batalla, en servicio de Dios y del Rey (2). II. El ser recaudador de las rentas del Rey (3), ó ser su mensagero; y el haber de juzgar

(1) §. 5. *cod.* (2) *Princ. Inst. de excus.* (3) §. 1. *eod.*

y cumplir la justicia por obra Y añade la *misma ley*, que ninguno de estos puede excusarse de la tutela que hubiese recibido antes de tener su oficio (1). Cuya añadidura, y lo que vamos á ver sobre la excusa siguiente, nos hace admirar no haber sido bastante para detener á Greg Lop. y á Gutier. que creyeran, aquel en la *glosa* 5. *de d. l.* y este en su *lib. de tutel. par.* 1. *cap.* 21. *nn.* 4. *et* 5. significarse al ausente por causa de la República, por la voz *Mensagero*: la cual segun D. Sebastian de Covarrúbias en su *tesoro de la lengua castellana*, y el *diccionario de la misma de la Real Academia Española*, significa el que lleva algun despacho ó recado á otro, y en esta misma significacion la tomaron las *leyes* 10. *tit.* 31. *P.* 2. y la *ley* 13. *tit.* 29. *P.* 3.; por todo lo qual juzgamos, que *su Mensagero* en *d. l.* 2. tanto vale, como llevador de recados, ó cobrador de los Recaudadores, á los que se refieren la palabra *su*. Confrontan esta excusa con el texto Romano que habla la siguiente.

20 III. excusa es, *ir en servicio del Rey por su mandado ó á alguna parte, que fuese muy lueñe: ó fuese allá por servicio, ó por pro comunal de la tierra en que vive.* Esta sí que es la que se acomoda á los ausentes por causa de la República; y con efecto, el mismo Lop. en la *glosa* 9. y Gutierrez en el *n.* 6. la confrontan tambien con la que las leyes Romanas concedieron á estos ausentes (2). Y lo acaba de convencer el que á estos tales, da nuestra *ley* 2 que puedan separarse de la tutela que antes tenian, encargándola á otro durante su ausencia: y que vueltos tengan un año de vacacion ó excusa de una nueva tutela que se les quisiere encargar; pero que puedan tomarla, si les placiere. La IV. excusa es, si acaeciese algun pleyto ganado de nuevo entre el guardador del huérfano sobre toda la heredad, ó sobre alguna partida grande de ella (3). La V. excusa es, si alguno tuviese tres guardas de huérfanos, y le quisieren dar otra, bien se

(1) *D.* §. 1. (2) §. 2. *eod.* (3) §. 4. *eod.*

puede excusar de la quarta (1). Gutier. en su citado *lib. de tutel. part.* 1. *cap.* 21. *n.* 8. *y siguientes*, hablando de esta excusa, adopta las declaraciones del derecho Romano en este particular, esto es, que para dar excusa las tres tutelas, no deben ser afectadas, y que no sirven por tutelas las fiadurías de ellas; pero que bastaria una sola tutela, si fuese tan difusa, y de tantos negocios, que equivaliese á muchas (2).

21 La VI. excusa es la pobreza, y la VII. la enfermedad, quando fuesen tales, que le impidiesen poder cuidar del huérfano (3). Y la VIII. el no saber leer ni escribir, y ser tan simple ó necio, que no se atreviese á hacer la guarda con recado. La IX. excusa es, si hubiese tenido el guardador grande enemistad capital con el padre del mozo, y despues no hubiese sido hecha paz entre ellos (4). La X si al nombrado guardador hubiese movido pleito de servidumbre el padre del huérfano, ó él al otro (5). Y la XI. el ser el nombrado mayor de setenta años (6). Las excusas hasta aqui referidas estan expresadas en la arriba *citada ley* 2. *tit.* 17. *P.* 6. Hay todavia otras contenidas en la *ley* 3. inmediata, que son las siguientes.

22 La XII. excusa es, el ser caballero, que estuviese en corte del Rey, ó en otro lugar señalado por su mandado, ó por pro comunal de la tierra, por cuyas palabras nadie duda entenderse los Soldados, y asi lo explican Greg. Lop. y Gutier. Es la XIII. excusa (7) el ser Maestro de Gramática ó de Retórica ó de Dialéctica ó de Fisica, mostrando su ciencia á los escolares, ú obrando por ella en su tierra ó en otro lugar por mandado del Rey: é lo mismo es de los Maestros de las Leyes que sirven á los Reyes viviendo con ellos por sus Jueces, ó sus Consejeros, y de los Filósofos que mues-

(1) §. 5. *eod.* (2) §. 5. *eod. l.* 115. §. 9. *l.* 31. §. *últ. de excus.*
(3) §§. 6. *et* 7. *Inst. de excus.* (4) §. 11. *eod.* (5) §. 12. *eod.*
(6) §. 13. *eod.* (7) §. 14. *eod.*

tran el saber de las naturas: Cuya excusa, como advierte Gutier., exige actual enseñanza ó exercicio de su oficio, en los que quieran valerse de ella. L. XIV. excusa es la que tiene el que ha sido tutor de un huérfano, para ser su curador (1). La XV. y última excusa, que expresa dicha *ley* 3. *tit.* 17. *P.* 6. es de las que llaman necesarias, que hablando con propiedad, mas son prohibiciones que excusas, y es la que tiene el marido para ser guardador de los bienes de su muger que fuese menor de edad. Pero debemos advertir, que en este particular tenemos ahora una ley mas nueva, que lo es la 7. *tit.* 2. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* en la qual se manda, que el marido que haya entrado en los 18. años, tenga la administracion de sus bienes, y de los de su muger, sin necesidad de venia de edad, como notamos ya arriba *tit.* 4. *n.* 27. Y por último, debemos acordar una nueva excusa establecida en la *ley* 3. *tit.* 29. *lib.* 7. *de la Nov. Rec.* á favor del que tuviere 12. yeguas de vientre.

23 Queremos hacer aqui presente, para que los incautos no caigan en ella, la equivocacion que padecieron Asso y de Manuel en sus *Instituciones de Castilla*, *lib.* 1. *cap.* 4. *vers. Se excusan*, diciendo, que por la *ley* 12. *tit.* 18. *lib.* 6. *de la Nov. Rec.* no competian al pechero del Rey las quatro excusas de tutelas, pobreza, enfermedad, no saber leer ni escribir, y ser mayor de 70. años, establecidas, como hemos visto arriba *nn.* 19. *y* 20., en la *ley* 2. *tit* 17. *P.* 6., sin advertir, que *d. l.* 21. solo deroga los privilegios ó exenciones personales concedidos á algunos plebeyos, por redundar en deservicio del Rey; y que por lo contrario aprueba expresamente las excusas que acabamos de expresar, por aquella palabras: *Y queremos que no gocen de ellas, salvo aquellos, que los derechos y leyes de nuestros Reynos, excusan de las tales cargas y oficios.* ¿Y cómo habia de quitar unas excusas que los ha introducido la misma necesidad?

(1) §. 18. *eod.*

24 El tiempo para proponer el tutor la excusa, lo señala la *ley* 4. *y ult. d. tit.* 17. *P.* 6. en los mismos términos que lo hizo el derecho Romano (1), esto es, 50. dias, contadores desde el dia en que supiere era dado por guardador, en el caso que estuviese en el Lugar en que fue dado, ó no mas léjos de 100. millas. Y si estuviere á mayor distancia, un dia por cada 20. millas, y 30. dias mas. Nada mas dice *nuestra ley* en este particular, ni lo dixo la Romana que señaló el tiempo. Pero sus Jurisconsultos Scevola, Modestino y otros, interpretándola dixeron, que en este último caso debe hacerse de modo la còmputacion, que nunca tenga el que está mas léjos menos de 50. dias, porque de otra suerte seria de peor condicion que el mas cercano (2). No lo hallamos en Greg. Lop. ni en Gutier., quando hablan de *nuestra ley* 4. sin embargo de estar tan á la vista la equidad y peso de esta razon que movió á los Jurisconsultos Romanos. Y añade la misma *ley* 4. que desde el dia en que empezaron los referidos 50. hasta cumplir quatro meses, se ha de decidir el pleyto, si debe valer ó no la excusa: Y que si el guardador se sintiere agraviado, por habersele desechado la excusa que propuso, puede apelar de la sentencia.

25 Hemos hablado de los tutores nombrados que no administran la tutela por su voluntad, acreditando justas causas que les excusa. Tratemos ahora de aquellos, que aunque quisieren administrarla, son impedidos ó removidos de ello, por ser sospechosos. Aquel guardador, dice la *ley* 1. *tit.* 18. *P.* 6. puede ser llamado sospechoso: *Que es de tales maneras, que pueden sospechar contra él, que desgastará los bienes del huérfano, o que le monstrará malas costumbres.* Y añade, que aunque el tal fuese rico, y quisiese dar fiador de guardar y aliñar los bienes del mozo, por todo eso no le deben dexar en su guarda (3): Como por lo contrario, que si fuese po-

(1) §. 16. *eod.* (2) *D.* §. 16. (3) §§. 5. *et ult. Inst. de susp. tutor.*

bre, y de buenas maneras, no deben por ende sacar de su poder al huérfano. En seguida pone varias razones por las quales pueden ser removidos, ó tollidos los tutores, y darse otros en su lugar, y son: I. Si alguno hubiese sido guardador de otro huérfano e hubiese procurado mal los bienes de él. II. Si le hubiese monstrado malas maneras. III. Si despues que hubiese en guarda al mozo, fuese hallado que era su enemigo, ó de sus parientes. IV. Si dixese delante del Juez, que no tenia que dar á comer al mozo, y hallasen que dice mentira (1). V. Sino hubiese hecho inventario de los bienes del huérfano. VI. Sino le amparase e él, e a sus bienes en juicio, o fuera de juicio. VII. Si se escondiese, y no quisiese parecer, quando supiese que le habian dado guardador del huérfano (2).

26 Acusar puede al guardador por sospechoso cada uno del pueblo. E generalmente es tenuda de lo facer la madre del huérfano, o su abuela, o su hermana, o su ama que lo crió: y otra qualquier persona tambien muger como hombre, que se mueve á hacerlo por razon de piedad (3). Pero el mozo menor de 14. años no podrá acusar á su guardador por sospechoso: mas si fuese mayor lo podrá hacer con consejo de sus parientes (4). Y puede ser acusado por sospechoso tambien el que fuese dado al que está en el vientre de su madre, como al ya nacido, sea el tutor testamentario, legítimo ó dativo. Y debe ser hecha la acusacion delante del Juez mayor del lugar donde ha el mozo sus bienes, estando delante aquel contra quien es dada la acusacion de la sospecha, como todo lo de este número consta en la *ley* 2. *d. tit.* 18. *P.* 6.

27 Y puede tambien el Juez de oficio remover al guardador, aunque ninguno le acuse, si viere ó entendiere que era sospechoso (5). Y debe advertirse, que pen-

(1) §. 10. *eod.* (2) §. 9. *eod.* (3) §. 3. *eod.* (4) §. 4. *eod.*
(5) *L.* 3. §. 4. *de susp. tut.*

diente el pleyto de acusacion, ha de dar el Juez á otro hombre bueno y fiel la guarda del mozo y de sus bienes, hasta que el pleyto sea acabado, *l.* 3. *d. tit.* 18. Y si el guardador es removido por engaño que haya hecho en los bienes del menor, quedará infamado para siempre, y pagará al huérfano el daño que le hizo, segun el arbitrio del Juez. Mas sino es removido por engaño, sino por pereza y haber cuidado mal, no queda infame, *l.* 4. *d. tit.* 18. (1).

28 Desembarazado el tutor de excusas y sospechas, debe encargarse de la administracion de la tutela, y antes de entrar en ella debe dar fiadores valiosos al Juez del Lugar, que prometan y se obliguen por los guardadores, que ellos aliñarán y guardarán bien y lealmente los bienes de los huérfanos, y los frutos de ellos (2). Y debe tambien jurar, que hará todas las cosas á pro ó beneficio de los huérfanos que tiene en guarda guardando lealmente sus personas y cosas, *l.* 9. *tit.* 16. *P.* 6. (3) Y asimismo debe formar luego inventario de todos los bienes y derechos del huérfano (4), de modo que sino lo hiciere, puede ser removido por sospechoso, á no ser que mostrase derecha causa de no haberlo hecho, que entonces no le deben remover, sino mandarle que lo haga luego, *l.* 15. *d. tit.* 16. Y por quanto *esta ley* usa de la palabra *luego*, sin expresar tiempo, juzga Gutier. citando á otros, en su *lib. de tutel. part.* 2. *cap.* 1. *n.* 10. que lo debe en continente que pueda, sin valerse del tiempo concedido á los herederos. La fórmula se halla en la *ley* 99. *tit.* 18. *P.* 3. Y es de tanta fuerza este inventario, que no es permitido al guardador dar prueba en contrario, *l.* 120. *tit.* 18. Y si el huérfano no tuviese bienes, debe el guardador protestarlo ante el Juez, y esta protesta le sirve de inventario, Greg. Lop. *glos.* 3. *de d. l.* 99. citando á otros.

29 En quanto á la obligacion del afianzar, es bien sa-

(1) §. 6. *de susp. tut.* (2) *Princ. Inst. de satisd.* (3) *Nov* 72. *cap. ult.* (4) *L.* 7. *de adm. et per. tutor.*

bido, que las leyes Romanas exîmian de esta carga á los tutores testamentarios, con la buena razon de que su fe y diligencia está aprobada por el testador, que cuida de nombrar á sus mayores y mas fieles amigos (1). Y este modo de pensar siguen Gutier. *d. lib. par.* 1. *cap.* 5. *n.* 1. y Greg. Lop. en la *glosa* 5. *de d. l.* 9. *tit.* 16. *P.* 6. cuya ley y la 94. *tit.* 18. *P.* 3. lo confirman tambien, quando tratando de la obligacion de afianzar, solo hablan de los legítimos. Y por lo que respecta á los dativos, añade alli mismo Greg. Lop., que en la práctica (asi lo vemos) á todos se les exîge que afiancen.

30 De la madre y la abuela diximos arriba en el *n.* 6., que para tomar la tutela, deben prometer no casar y renunciar á la prohibicion de obligarse por otros. Y hablando de ellas en quanto á la obligacion de afianzar Asso y de Manuel en sus *Instituciones lib.* 1. *cap.* 3. *vers. Como*, dicen que solo estan obligadas á hacer las renuncias. Pero tenemos por mucho mas probable la contraria opinion de Greg. Lop. en la *glosa* 8. *de d. l.* 9. y Gutierrez en *d. par.* 1. *cap.* 12. *n.* 16. en donde la prueban latamente con bellísimas razones, satisfaciendo lo que pueda decirse en contrario.

31 Si los guardadores de los huérfanos fueren muchos, y se levantare desacuerdo entre ellos, de manera que no se puedan todos juntar á hacer aquellas cosas que son obligados, puede uno de ellos decir al Juez, que quiere afianzar y obligarse á cumplir por todos; y sino que lo haga alguno de ellos; y si se acordaren en esto, debe el Juez recibir el afianzamiento. Pero si se desacordaren de manera, que cada uno quiere obligarse, debe escoger el Juez á aquel que entendiere lo hará mejor, y será mas provechoso al huérfano, y tomándole fiador en los términos referidos, darle poder para que él solo administre la tutela, *l.* 11. *d. tit.* 16. *P.* 6. en cuya *glosa* 4. dice Gregor. Lop., que si el testador expresó quál de los que nombraba que-

(1) *Princ. de Inst. de satisd. tut. l.* 36. *de excusat.*

ria que administrase, este debia ser preferido á todos, sino es que constase de alguna circunstancia por la qual debia ser repelido: Y que sino se convienen que uno solo administre, pidiendo que la tutela se divida por regiones, deberán ser oidos.

32 En el gobierno de la administracion de su oficio, debe el tutor cuidar ante todas cosas de la utilidad de la persona del pupílo; y en conseqüencia de ello, de la de los bienes del mismo. Veamos pues primero lo que debe hacer en quanto á la persona. Ha de cuidar de su educacion y alimentos. Si el padre ó el abuelo señalaren en su testamento el lugar, en él deberá educarse, y sino lo hubieren hecho, procurará el Juez con mucho cuidado escoger un hombre bueno, que ame la persona del huérfano, y el provecho de él, y que sea tal, que muriendo el mozo, no haya derecho de heredar lo suyo. Pero si tuviese madre que fuese muger de buena fama, bien le puede dar el hijo que lo crie, y ella lo puede tener mientras se mantuviese viuda. Mas luego que casare deben sacar el huérfano de su poder, *l.* 19. *d. tit.* 16. *P.* 6.

33 Los alimentos del huérfano debe tasarles el Juez segun su arbitrio, atendida la riqueza del mozo, tanto en quanto al comer, como en el vestir, con los de su compañía, y cuidando salgan estos gastos de los réditos ó frutos de los bienes del mismo mozo, quedándole salvas las fincas, si se pudiere facer, segun lo expresa la *ley* 20. *de dicho tit.* 16. Y comentando Greg. Lop. estas últimas palabras *si se pudiese facer*, dice en la *glosa* 3. que apoyan la opinion de Alberico, que manifestó en la *glosa* 1., esto es, que puede el guardador echar mano á las propiedades del huérfano, quando no bastaren sus réditos para alimentarle, mayormente si fuese noble. Y lo mismo afirma Gutier. en *d. lib. par.* 2. *cap.* 3. *n.* 10. citando á otros. Y añade Molina *de just. et jur. disp.* 224. *vers. Quando minores*, que atendida la calidad de los huérfanos y sus padres, deben los guardadores destinarles á artes, oficios, ó servir á otros, para alimentarles y educarles; y con efec-

to así vemos practicarse: ni hay otro camino que tomar. Así lo dicta la equidad, aunque nos falte ley expresa, como en caso semejante dixo con su acostumbrada elegancia el célebre Jurisconsulto Ulpiano (1). Quando los frutos ó réditos de los bienes de los pupilos igualan poco mas ó menos á los alimentos que les corresponden, hay la práctica de pedirse por los tutores, y concedérseles por el Juez frutos por alimentos, es decir, que alimentando al pupílo segun su estado y circunstancias, hagan suyos los frutos sin obligacion de dar cuenta de ellos, ni poder sacar su décima. Es un método muy desembarazado, y si se executa sin fraude y con justificacion, no contiene iniquidad alguna ni es perjudicial á los pupilos.

34 Y adviértase, que si el guardador entendiese, que seria daño del mozo el descubrir la riqueza ó la pobreza de él, y por esta razon le gobernase de lo suyo, expendiendo por él quanto fuese guisado, ó poco mas por esta razon: entonces lo puede facer, e debe despues el mozo, quando fuere de edad, pagarle todo lo que de esta manera hubiere despendido por él, como expresamente lo establece *d. l.* 20. Cuya doctrina es de dictámen Gutier. en su *citado lib. part.* 2. *cap.* 3. *n.* 5. que tiene lugar, no solo quando el guardador tuvo justa causa para hacerlo, sino tambien quando lo hizo por descuido de no haber acudido al Juez.

35 Debe tambien cuidar el guardador que el huérfano aprenda buenas costumbres, y á leer y escribir: y despues ponerle á que aprenda y use aquel menester ó destino, que mas le conviniere, segun sus circunstancias, y riqueza, *l.* 16. *d. tit.* 16. *P.* 6. Y es tambien obligacion del guardador demandar en nombre del huérfano, y defender su derecho en todo pleyto que moviese, ó le fuese movido en juicio. Y lo puede hacer uno solo de los guardadores, si fuesen muchos, aunque los otros no estuviesen delante, siendo el huérfano menor de siete años, ó estando ausente. Pero si fuese mayor de esta edad, puede

(1) *L.* 2. §. 5. *de aq. et aq. pluv. arcen.*

el mismo huérfano mover el pleyto con otorgamiento del guardador, ó este en nombre del huérfano, estando presentes los dos. Y si el mismo huérfano hiciese algun contrato con otro sin otorgamiento del guardador, no valdria en quanto fuese en su daño; pero sí en quanto le fuese provechoso, y el otorgamiento débelo hacer el guardador por sí, y no por mandadero ni carta, *l.* 17. *d. tit.* 16 (1).

36 Asimismo debe cuidar el guardador con buena fe y lealmente de los bienes del huérfano, enderezándolo todo á su beneficio, conservando los edificios que no caigan, labrando las tierras, y criando los ganados que hallare, *l.* 15. *d. tit.* 16 Y aunque nada hallamos expresamente establecido en nuestras leyes sobre obligacion de emplear el guardador el dinero del huérfano; vemos y advertimos, que nuestros mas célebres Jurisconsultos, Covar. *l.* 3. *variar. cap.* 2. *n.* 1. Gutier. *de tutel. part.* 2. *cap.* 9. y otros que tratan de este asunto, dicen estar obligado á emplearlo en compras de fincas, ó entregarlo á algun Mercader á participacion de un lucro honesto, segun el estilo de la Provincia: cuyo lucro puede recibir lícitamente, segun la doctrina del capítulo *per vestras* 7. *de las Decretales*, *de donat. inter vir. et uxor.* Y de consiguiente, que debe ser condenado á satisfacer al huérfano el perjuicio que le haya causado con tener el dinero ocioso: pero con la advertencia de que este lucro ó interés del huérfano sea leve, como así está recibido en la práctica, como atestigua Ayora *de partit. part.* 1. *cap.* 4. *n.* 30. Y este empleo lo deberá hacer dentro los 6. primeros meses, desde que recibió la tutela; ó de dos, si fuese ya nombrado de atras, sino es que hubiese impedimento para el empleo.

37 Por la utilidad de los huérfanos, tienen prohibicion de enagenar sus bienes raices los guardadores, *l.* 18. *d. tit.* 16. *l.* 60. *tit.* 18. *P.* 3. entendiéndose tambien por enagenacion el empeñarles, *l.* 8. *tit.* 13. *P.* 5. Y aunque estas

(1) *Princ. Inst. de auct. tut.*

tres leyes todo lo expresan de los bienes raices; con todo, en atencion á que la *ley* 4. *tit.* 5. *P.* 5. dice generalmente, que los guardadores no deben enagenar las cosas de los huérfanos, opinan algunos de nuestros Doctores, á imitacion del derecho Romano (1), que tampoco pueden enagenar las muebles preciosas útiles al huérfano que puedan guardarse. Gutier. en su *citado lib. de tut. part.* 2. *cap.* 21. exâmina lata y fundadamente esta qüestion, resolviendo á lo último, que aunque no las pueden enagenar, las pueden empeñar. Tambien la exâmina Greg. Lop. en la *glosa* 3. *de la ley* 4. *tit.* 5. *P.* 5. y en la 3. *de la ley* 8. *tit.* 13. *P.* 5. Se fundan en que *d. l.* 8. concede la facultad de empeñar las muebles indistintamente: bien que con la añadidura, de que debe meter en pro del mozo los maravedís que tomare sobre los peños. Nuestro instituto no nos permite engolfarnos mas. Esta absoluta prohibicion debe entenderse, sino interviniere decreto del Juez; pues con este podrán enagenar los guardadores dichos bienes, quando fuere grande la necesidad ó el provecho de los huérfanos, como si lo hicieren por pagar deudas, casar alguna de las hermanas del mozo, por casamiento del mismo, ó por otra razon derecha, no lo pudiendo excusar en ninguna manera; de suerte que el Juez deberá otorgar el decreto, si entendiere que tal enagenamiento se hace por alguna de las razones sobredichas. Y se hará la enagenacion en pública almoneda de 30. dias. Y no deberá consentir, que la casa que fue del padre ó del abuelo del huérfano en que él nació, se enagene en ninguna manera, pudiéndolo excusar, *d. l.* 18. *d. l.* 60.

38 Como la prohibicion de enagenar los guardadores los bienes de sus huérfanos, solo dice respecto á los raices ó muebles preciosos ó útiles á estos, que pueden guardarse, claro está que pueden enagenar los demas muebles sin decreto del Juez, cuidando siempre de hacerlo por beneficio del huérfano, y de consiguiente empeñarlos, *l.* 8.

(1) *L.* 22. *C. de administ. tutor.*

tit. 13. *P.* 5. Gutier. *d. part.* 2. *cap.* 21. La *ley* 4. *tit.* 5. *P.* 5. permitia, que el guardador pudiese comprar bienes de su huérfano baxo ciertas solemnidades: pero está corregida por la *ley* 1. *tit.* 12. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* que prohibe, que el cabezalero, guardador de huérfanos, ú otro hombre ó muger, que sea, pueda comprar cosa alguna de sus bienes de aquel ó aquellos que administrare, previniendo que si la comprare pública y secretamente pudiéndose probar la compra, que así fuere hecha, no vala, y sea desfecha, y torne el quatrotanto de lo que valia lo que compró, y sea para la Cámara del Rey.

39 Fenecida la tutela está obligado el tutor ó guardador á dar cuenta buena y verdadera de su administracion, entregando al mismo huérfano ó á su sucesor todos los bienes así muebles como raices. Y para cumplirlo, ademas del guardador, estan obligados los fiadores que dió, y sus herederos con todos sus bienes; como expresamente lo establece la *ley ult. de d. tit.* 16. *P.* 6. de cuya últimas palabras infiere Gregor. Lop. en su *glosa* 8. que aun los bienes propios de los herederos de los fiadores estan hipotecados á favor del huérfano, y recomienda la memoria de *esta ley*. Que los de los mismos guardadores lo esten desde el dia en que comenzaron á usar su oficio de la guarda hasta que den cuenta, es literal en la *ley* 23. *tit.* 13. *P.* 5.

40 Ademas de tener los guardadores derecho de que se les abonen en las cuentas lo que justa y legítimamente hayan gastado en beneficio y provecho de los huérfanos, lo tienen tambien para percibir la décima parte de los frutos de los bienes de estos. Así lo estableció la *ley* 3. *tit.* 3. *lib.* 4. *del Fuero juzgo*, y despues la 2. *tit.* 7. *lib.* 3. *del Fuero Real.* Y por quanto *estas dos leyes* expresan, que la décima ha de ser de los frutos de los bienes del huérfano, y fruto en el sentido civil, se entiende lo que sobra deducidas las expensas, *lib.* 4. *tit.* 14. *P.* 6. *vers. Ca segun* (1),

(1) *L.* 7. *solut. matrim.*

prueba bien Gutier. *de tutel. part.* 3. *cap.* 27. que antes se han de sacar las expensas, y de lo que restare líquido la décima, entendiendo por expensas las que se hubiesen hecho por razon de los frutos; pero no las hechas para utilidad perpetua ó mejora de los mismos bienes, como reparar la casa, ú otras semejantes, las quales no desminuyen la décima, sí que se han de pagar íntegramente de los frutos pertenecientes al huérfano. Y en el *cap.* 23. entiende con razon por frutos, á los naturales, industriales y civiles. Si el guardador fuese labrador, y trabajase con sus manos en tierra del huérfano, podrá cobrarlo á título de expensas, ademas y antes de percibir la décima: mas no si pretendiere cobrar algo por razon de haber cuidado de los negocios del huérfano, cobrando y pagando sus deudas, porque esto pertenece al oficio del guardador, como advierte el mismo Gutier. en *d. part.* 3. *cap.* 2. *nn.* 19. *y* 20.

41 El derecho del padre en los bienes del hijo que tiene en su patria potestad, de los que es usufructuario y legítimo administrador, es muy superior al de los otros, que administran bienes agenos. No necesitan decreto de Juez para tomar y exercer su administracion. Ni para enagenar los bienes raices, quando hay justa causa para la enagenacion. Ni estan obligados á hacer inventario de ellos, sí solo una descripcion ante un Escribano, presentes padre é hijo, y dos testigos, como citando á muchos lo prueba Castillo *de usufruct. cap.* 3. *nn.* 10. 69. 87. *y siguientes*, en que explica la diferencia entre inventario y descripcion. La *ley* 24. *tit.* 13. *P.* 5. que citamos abaxo, *tit.* 17. *n.* 6. prueba esta facultad en el padre de enagenar, sin hacer mencion de decreto de Juez, aunque no debe hacerlo.

TITULO VIII.

DE LA RESTITUCION DE LOS MENORES (1).

1. *Razon del método.*
2. *Qué cosa sea restitucion* in integrum.
3. *Qué ha de probar el menor para conseguirla, y en qué casos compete.*
4. *Se concede con conocimiento de causa: y cómo. Solo en un caso aprovecha á los fiadores.*
5. 6. *y* 7. *Casos en que cesa la restitucion.*
8. *Tiempo de pedirse.*
9. *Compete tambien á las Iglesias, Ciudades y otros cuerpos.*
10. 11. 12. *Y á otros expresados en estos números.*

1 Nos parece bastar lo que hemos dicho de tutores y curadores. Y en atencion á que los huérfanos que estan baxo la potestad y gobierno de estos tienen la restitucion *in integrum*, quando son perjudicados por razon de sus tratos y negocios, creemos no ser importuno tratar aqui de estas restituciones; y con efecto este mismo órden sigue el libro de las *Partidas*.

2 Es constante que el juicio de los menores es frágil y débil, y por lo mismo expuesto á muchos engaños y perjuicios, que los padecen con frecuencia por su propia debilidad, por culpa de sus guardadores, ó de otros. Y de ahí es, que los Legisladores han tenido á bien mandar, que sean restituidos ó restablecidos de los daños que hayan recibido por estos motivos, *princ. del tit.* 19.

(1) *Tit.* 4. *lib.* 4.

y últ. P. 6. A este remedio de los menores llamaron las leyes Romanas (1) *restitutio in integrum*, y asi le llaman tambien nuestras leyes, *l. 3. tit. 13. lib. 11. de la Nov. Rec.* y otras, y no es otra cosa, que: *Reposicion de la cosa al estado que tenia antes de haber padecido el daño el menor*, *l. 1. d. tit. 19. l. 1. tit. 25. P. 3.*

3 Menor se entiende el que no ha cumplido los 25. años, aunque le falte muy poco tiempo para ello, advirtiéndose que si el año del nacimiento ó el último de la menor edad fuese visiesto, los dos últimos dias de Febrero se cuentan por uno (2). Y para conseguir la restitucion ha de probar dos cosas. La una, que es menor, y la otra, que ha recibido daño por su debilidad, por culpa de su guardador, ó por engaño de otro, *l. 2. d. t. 19.* (3), tanto en los actos judiciales, como en los extrajudiciales (4), de qualquiera naturaleza que sean, *l. 2. tit. 25. P. 3. l. 3. l. 5. d. tit. 19.* en la que se ponen varios exemplos, sin impedir la restitucion de haber intervenido decreto del Juez, *l. 1. tit. 13. P. 3.* Y tiene tambien lugar la restitucion para desamparar el menor la herencia, que hubiese ya adido (5). Pero deberá hacerlo delante de los acreedores de la herencia, para que sepan las razones por qué la desampara. Y en vista de serle dañosa, la acuerda el Juez, poniendo primeramente en seguridad todas las cosas que perteneciesen á la herencia, *l. 7. d. tit. 19.* Y en quanto á prescripciones previene la *ley 9. de d. tit. 19.* que las de 20. ó menos años no corren contra los menores, sino en el caso que hayan empezado contra sus predecesores, y entonces compete la restitucion por razon del tiempo que corrió contra ellos durante su menor edad. Pero que las de mayor tiempo corren contra los mayores de 14 años, sin distincion, compitiendo para rescindirlas la restitucion. Y queremos advertir aqui las siguientes especies, aunque no tocadas en nues-

(1) *Tit. 4. lib. 4. D.* (2) *Ley 98. de verb. sign.* (3) *L. 7. §. 7. de minor.* (4) *D. l. 7. §. 5.* (5) *D. l. 7. §. 9.*

tras leyes, porque sobre ser harto interesantes, las trató el derecho Romano, y creemos ser equitativo lo que estableció, y son: que la restitucion de los menores tiene tambien lugar contra el fisco, y vence á los privilegios: que los senadosconsultos Veleyano y Macedonianos concedieron á las mugeres é hijos de familia. Lo tratamos con mas extension en *nuestro Digesto lib.* 4. *tit.* 4. *n.* 12. notando tambien lo que deba hacerse quando un menor choca contra otro menor.

4 La restitucion se ha de conceder con conocimiento de causa, como suele decirse, esto es, el Juez debe llamar ante sí la otra parte á quien se hace la demanda (1), y si hallare que el pleyto, juicio ó diligencia sobre que demandan la entrega, fué hecho en daño del menor, débele tornar en aquel estado en que era antes, de manera que cada una de las partes haya en salvo su derecho, asi como lo habia primeramente, *l.* 2. *tit.* 25. *P.* 3. Y puede el menor hacer esta demanda no solo durante su menor edad, sino tambien quatro años despues, que se suelen llamar el cuadrienio legal, y no solamente el menor, sino aun sus herederos, *l.* 8. *d. tit.* 19. *P.* 6. (2). Y pendiente el juicio de restitucion, no puede hacerse en él cosa alguna nueva, *d. l.* 2. *tit.* 25. *P.* 3. (3). Pero no aprovechará la restitucion á los fiadores del menor, sino en el caso en que fuese hecho engaño en el mismo negocio del qual fue fiador, que entonces deberá ser deshecho á beneficio del menor y fiadores en quanto montare el el engaño, *l.* 4. *tit.* 12. *P.* 5.

5 Carleval en su *lib. de jud. tit.* 3 *quæst.* 16 *n.* 36. y Gutier. *practicar. quæst.* 32. *n. pen.* juzgan, que no debe denegarse la restitucion, sino en los casos que expresamente esté prevenido, sin que basten palabras generales, y asi lo persuade la suma equidad que ha dado causa á este remedio. Los casos en que se niega, son: I. Si

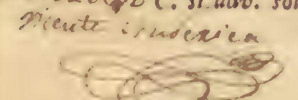
(1) *L.* 13. *eod.* (2) *L. ult. C. de temp. in integ. restit. l.* 1. *l.* 8. §. *ult. de minor.* (3) *Tit. C. in int. rest. post.*

dixese el menor engañosamente, que era mayor de 25. años, y por su persona pareciese tal, *l.* 6. *d. tit.* 19. la qual da la razon, á saber, que las leyes ayudan á los engañados, y no á los engañadores (1). Pero si por la cara pareciese ser menor, dice Greg. Lop. en la *glosa* 1. *de d. l.* 6. fundado en sus mismas palabras, y citando á otros, y á leyes Romanas (2), que tendria lugar la restitucion, porque no se podria decir engañado el que trató con el menor, sino que los dos fueron dolosos, y el dolo de uno se compensaria con el del otro, como si ninguno lo hubiese tenido. II. Si el pleyto fuese comenzado siendo el huérfano menor, y la sentencia se diere quando ya era mayor†, *l.* 2. *d. tit.* 25. *P.* 3. (3). III. Si el huérfano mayor ya de 10. años y medio fuese sentenciado por haber cometido homicidio, hurto ú otros delitos semejantes, *l.* 4. *d. tit.* 19. Y lo mismo seria si siendo mayor de 14. años, constase haber cometido adulterio. *d. l.* 4. (4). IV. Si habiendo seguido el menor pleyto pidiendo se declarase que alguno era su esclavo, se hubiese sentenciado que era libre: lo que se ha establecido por favor de la libertad, *l.* 6. *d. tit.* 19. (5). V. Si el deudor del menor le pagase con otorgamiento ó mandamiento del Juez. Pero si pagase de otra manera, y despues el menor jugare el dinero ó lo gastare mal ó le perdiese, sí que tendria lugar la restitucion, *l.* 4. *tit.* 14. *P.* 5. (6). La razon de cesar en el primer caso, sin embargo de competir aun quando interviene decreto del Juez, como hemos notado arriba *n.* 3., es porque el deudor pagó por necesidad que tuvo de obedecer el mandamiento del Juez: lo que es justo le liberte y dé seguridad.

6 VI. Cesa la restitucion, si el daño que ha pade-

† Es necesario que la sentencia se dé siendo tambien menor, así como la restitucion para las tachas de testigos en la prueba, no se [illegible], quando el que [illegible], siendo menor, cumplió la mayor edad antes del termino probatorio, o [illegible] antes de pedir la restitucion, siendo mayor el heredero, o [illegible] a un mayor despues de espirados los 15 dias perentorios, desde el dia que se hizo la notificacion de la publicacion de probanzas [illegible] Habana 16 de [illegible] de [illegible] Vicente [illegible]

(1) L. 2. l. 3. C. si min se maj. dix. (2) L. 25. junc. l. 26. de rei vind l. ult. §. 3. de eo per quem facer. (3) L. 3. §. 1. de min. (4) L. 9. §. 2. eod. (5) D. l. 9. §. ult. sit. C. si adver. lib. (6) L. 1. C. si adv. solut.



cido el menor por razon de sus tratos, viniese por caso fortuito, porque para tenerla es preciso le haya sucedido el daño por su debilidad de juicio, culpa del guardador ó engaño de otro, *l.* 2. *d. tit.* 19. (1). VII. Cesa tambien, si el menor tuviese el remedio de la nulidad, por haber sido nula la sentencia que le dañaba, *l.* 1. *d. tit.* 25. *P.* 3. (2). Y es la razon, porque la restitucion es remedio extraordinario y subsidiario, y los que son de esta clase cesan quando compete algun ordinario, y lo que es nulo no puede rescindirse (3): cuya razon la indica la misma *ley* 1. por aquellas palabras: *E por ende no seria menester de desatarla por restitucion.* VIII. Niega tambien la restitucion á los mozos mayores de 14. años el que hayan jurado no hacer uso de su mayor edad para rescindir sus contratos ó pleytos, *l.* 6. *de d. tit.* 19. aprobando la famosa auténtica de los Romanos, *Sacramenta puberum*, que tanto ha turbado la jurisprudencia, como claman muchísimos Autores, y en nuestro tiempo Castro en sus *Discursos críticos sobre las leyes lib.* 3. *disc.* 2 *y* 4. Vemos con gusto su inobservancia; y hemos manifestado nuestro dictámen sobre ella en el *Appendice de minor.* 25. *an.* que va en su título correspondiente en nuestro *Digesto Romano-Español.* En el derecho Romano estableció la ley 1. *c. de his qui veniam ætat.* no tener la restitucion los que hubiesen obtenido la venia ó dispensa de edad diciendo ser cosa muy manifiesta porque no pareciese que habian sido engañados por la Real concesion, los que contrageron con ellos. Aunque no hemos hallado ley de España, que lo diga, nos ha parecido notarlo para que se haga el uso que se estime.

7 Tampoco hay restitucion de algunos términos dilatorios, que por eso llamamos fatales, quales son el de 9. dias para intentar el retrato de sangre ó abolengo, *l.* 2. *tit.* 13. *lib.* 10 *de la Nov. Rec.* y el de 3. para suplicar de la sentencia interlocutoria, *l.* 1. *tit.* 21. *lib.* 11.

(1) *L.* 11. §. 4. *de min.* (2) *L.* 16. §. 3. *eod.* (3) *D. l.* 16. *per totum.*

Nov. Rec. y el de 6. para tachar los testigos, *l.* 1. *t.* 12. *lib.* 11. *Nov. Rec.*

8 El tiempo en que puede pedirse restitucion en juicio sobre probanzas, se expresa en las *leyes* 1. 3. *y* 4. *tit.* 13. *lib.* 11. *de la Nov. Rec.* previniéndose, que no puede pedirse dos veces, y que así se exprese en la sentencia.

9 Ultimamente advertimos, que de este mismo beneficio de la restitucion gozan las Iglesias, el Fisco, y los Concejos, Ciudades ó Universidades quando reciben daño por engaño ó negligencia de otro (1), la que debe pedirse dentro de 4. años contadores desde el dia en que recibieron el engaño ó menoscabo: y si el daño fuese de mas de la mitad del precio, dentro de 30. años, *l.* 10. *tit.* 19. *P.* 6.

10 Ademas de los menores y Cuerpos de que acabamos de hablar, hay otros á quienes compete la restitucion *in integrum.* La tienen en primer lugar los que reciben daño de algun contrato que se les hizo otorgar por fuerza ó miedo; pues aunque los contratos asi celebrados valen atendido el rigor del derecho, porque como suele decirse, la voluntad forzada es voluntad (2), se deshacen por la ley á beneficio de la equidad que la dicta, y ha motivado todas las restituciones *in integrum*, *l.* 56. *tit.* 5. *P.* 5. y en su *glosa* 1. Greg. Lop. Pero debe advertirse, que el miedo que da lugar á la restitucion, ha de ser grave, que segun se acostumbra decir, cae en varon constante, como es el de la muerte, perdimiento de miembro, de la libertad ó de la fama; porque el leve ó vano no sirve, *l.* 7. *tit.* 33. *P.* 7. (3).

11 Y la tienen tambien aquellos, cuyas cosas, estando ellos ausentes por causa de guerra, mandamiento del Rey, ú otra de la República, de estudios, romería ú otra semejante, ó en cautiverio, las usucape ó prescribe otro;

(1) *L.* 4. *C. ex quib. caus. maj.* (2) *L.* 21. §. 5. *quod met. cau.*
(3) *L.* 84. *de diversis regulis juris.*

y se les cuenta el quadrienio para pedirla desde el dia en que se restituyeron á sus hogares, y á sus herederos desde el que murieron ellos en el lugar de su ausencia, *l.* 10. *tit.* 23. *l.* 28. *tit.* 29. *P.* 3. (1) cuyo beneficio amplia la *ley* 4. *tit.* 34. *lib.* 11. *Nov. Rec.* Hemos sido de dictámen en nuestro *Digesto lib.* 4. *tit.* 6. *n.* 10. competer este beneficio aun en el caso que los ausentes hubiesen dexado procurador en la Ciudad, fundados en razones que parecen sólidas.

12 Y últimamente compete este beneficio de la restitucion á aquellos, que queriendo demandar alguna cosa á otro, la enagena este á quien fuese mas poderoso que él, oponiendo al demandador un contrario mas fuerte ó embarazoso. Si así sucediere, podrá el demandador usar del remedio de la restitucion, pidiendo la cosa al que la tuviere, ó la refaccion de perjuicios al que la enagenó, segun escogiere, *l.* 30. *tit.* 2. *l.* 15. *tit.* 7. *P.* 3. Y por quanto esta *l.* 15. para dar entrada á estas acciones, exîge que la enagenacion haya sido engañosamente ó con dolo, advierte bien en su *glos.* 2. Greg. Lop. que cesarán si se hubiese hecho sin dolo, por razon de la edad, salud ú ocupaciones necesarias (2). Y por quanto este no se presume en las últimas voluntades, cesará tambien, segun una ley Romana (3) quando uno enagena la cosa, instituyendo heredero, ó legándola, concurriendo ademas ser esta enagenacion necesaria.

FIN DEL LIBRO I.

(1) *L.* 1. §. 2. *ex quibus caus. major.* 25. *an.* (2) L. 1.
(3) *L.* 8. §. 3. *de alien. jud. cau. mut.*

LIBRO II.

DE LAS COSAS.

TITULO I. (1).

DE LA DIVISION DE LAS COSAS,

Y DEL MODO DE ADQUIRIR SU DOMINIO.

Tit. 28. Part. 3.

1. *Qué se entiende por cosa, y se dividen las cosas en cinco especies.*
2. *hasta el 9. Se explican las cinco especies de cosas.*
9. *Dos subdivisiones de cosas.*
10. *Qué sea dominio, y cómo se entiende esta palabra.*
11. *La division de los dominios ha nacido del derecho de gentes, y quántos sean los modos de adquirirlo.*
12. 13. *Por ocupacion se adquieren los animales fieros salvages.*
14. *Restriccion sobre el cazar y pescar.*
15. *De las abejas.*
16. *De los animales mansos ó domésticos.*
17. *De los domesticados, y principalmente de las palomas.*
18. *De la invencion: de las cosas desamparadas: y de las mostrencas.*
19. *De la invencion del tesoro.*
20. *De la tradicion.*
21. *Division de accesion en discreta y continua.*
22. *Subdivision de la accesion continua en natural, é*

(1) *Tit. 1. lib. 2. Inst.*

industrial, con explicacion de la aluvion y manifiesta fuerza del rio.
23. *De las islas de los rios, mutacion de su alveo ó cauce, y de la inundacion.*
24. *De la accesion industrial quando una cosa se junta á otra.*
25. 26. *Otros exemplos de la accesion industrial, quando se escribe, pinta ó edifica.*
27. *De la especificacion.*
28. 29. *y* 30. *Del poseedor de buena fe.*

1 Habiendo tratado del primer objeto del derecho, que son las personas, pasamos á tratar del segundo, que son las cosas. El nombre *cosa* es generalísimo, pues comprehende á quanto hay en el mundo; pero aqui se toma por: *Aquello que no siendo persona ni accion puede ser de algun útil ó comodidad al hombre.* La *ley* 2. *tit.* 28. *P.* 3. divide las cosas en cinco especies. I. Comunes á las bestias y todas las otras criaturas que viven, para poder usar de ellas, tambien como á los hombres. II. Otras que pertenecen tan solamente á todos los hombres. III. Otras que pertenecen apartadamente al comun de alguna Ciudad, Villa, Castillo ú otro cuerpo semejante. IV. Otras que señaladamente pertenecen á cada un hombre para poder ganar ó perder el señorío de ellas. V. Otras que no pertenecen á señorío de ningun hombre, ni son contadas en sus bienes (1).

2 En la siguiente *ley* 3. *de d. tit.* 28. se dice pertenecer á la I. especie el ayre, las aguas de la lluvia, el mar y sus riberas (2): de cada una de las quales puede usar qualquiera criatura que viva. Por ello todo hombre se puede aprovechar del mar y de su ribera, pescando ó navegando, ó haciendo todas las cosas que entendiere que le aprovecharen, *d. l.* 3. Podrá pues hacer en

(1) *Princ. Inst. de rer. div.* (2) *§. 1. eod.*

ella casa ó cabaña á que se acoja quando quisiere, y qualquier otro edificio que le aproveche, de manera que no embarace el uso comun de las gentes; y hacer en ellas naves, y enxugar redes. Y de quanto labrare é hiciere, ningun otro puede impedirle que use y se aproveche, *l.* 4. *d. tit.* 28. Ni podrá tampoco ningun otro usar de estas obras, ni derribarlas sin otorgamiento del que las hizo. Pero si las derribare el mar ú otro, ó se cayesen, bien podria qualquiera hacer otro edificio en el mismo lugar. Son pues del que edificó mientras se conservan, y no mas, *d. l.* 3. Y es llamado ribera: *Todo aquel lugar que cubre el agua del mar, quando mas crece, en qualquier tiempo de invierno ó de verano*, *d. l.* 4.

3 Entre las cosas de la II. especie cuenta la *ley* 6. *de d. tit.* 28. los rios, los puertos, y los caminos públicos, diciendo pertenecer comunalmente á todos los hombres (1), en tal manera, que tambien pueden usar de ellos los que son de otra tierra extraña, como los que moran ó viven en aquella tierra de do son. Si se confronta la explicacion de las cosas de esta II. especie con la de las de la I. veremos, que en quanto al uso de los hombres no parece distincion; porque unas y otras pertenecen al comun de todos los hombres, sean de la tierra que fueren. Tampoco la presentaban las Instituciones Romanas en los §§. 1. *y* 2. *de rer. div.* en que hablaron de estas dos especies de cosas. Pero sus Intérpretes la hacen diciendo, que el uso de las de la I. especie es comun á todos los hombres del mundo y el de la II. á todos los de aquel territorio en que se hallan; pero no á los de otro: y esta misma diferencia indica Greg. Lop. célebre comentador de nuestras leyes de las Partidas en la *glosa* 4. *de dicha ley* 6. La causa de haberse hecho mencion del uso de las bestias en la explicacion de las cosas de la primera especie, y no quando se explican las de la segunda, no la alcanzamos.

(1) §. 2. *eod.*

4 Como el uso de los rios es comunal á todos, ninguno puede hacer en ellos ni en su ribera molino, casa ú otro edificio que embarace el uso de su navegacion. Y si alguno lo hiciese de nuevo, ó fuese hecho antiguamente, de que viniese daño á dicho uso comunal, debe ser derribado, *l.* 8. *d. tit.* 28. la qual da bella razon que debe atenderse siempre en todos los asuntos, á saber: *Que no es cosa guisada, que el pro de todos los hombres comunalmente se estorbe por el pro de alguno.* Y de la misma manera que es comun á todos el uso de los rios, lo es tambien el de sus riberas. Y de consiguiente todos pueden atar á los árboles que ha en ella sus naves, componerlas, como tambien sus velas, poner mercaderías y pescado, y venderle, enxugar sus redes, y hacer otras semejantes. Pero el señorío ó propiedad de dichas riberas es de aquel cuyas son las heredades á que estan unidas, *d. l.* 6. Y en su conformidad le pertenecen los árboles que hay en las mismas, y les pueden cortar, y hacer de ellos lo que quisieren (1): con tal que no lo hagan á tiempo que estuviese atada á ellos alguna embarcacion, ó llegase y la quisieren atar, porque entonces se consideraria impedir el uso comun de la ribera, *l.* 7. *d. tit.* 28.

5 A la III. especie de cosas pertenecen las fuentes, montes, dehesas y otros lugares semejantes á estos de las Ciudades y Villas (2), destinados al pro ó utilidad comun de cada una Ciudad ó Villa: de los quales puede usar qualquiera que fuese morador de ella; mas no los que moraren en otro pueblo, *l.* 10. *tit.* 11. *P.* 3. *l.* 9. *d. tit.* 28. *P.* 3. en cuya *glosa* 6. dice Greg. Lop. que las Ciudades ó Villas tienen fundada su intencion de que le pertenecen los montes y término que estan en su territorio. Cotejadas las cosas de esta III. especie con las de la I. y II. al tenor de lo que diximos al *n.* 3. se ve consistir su diferencia, en que el uso de las de la I. es comun á todos los hombres del mundo el de las de la II. á todos los del

(1) §. 4. *eod.* (2) §. 6. *eod.*

Territorio, Reyno ó Provincia en que se hallan, y el de las de la III. á todos los de la Ciudad ó Villa en que exîsten. Otras cosas hay que sin embargo de pertenecer tambien al comun de las Ciudades y Villas, no puede usar de ellas cada vecino en particular, como son los campos, viñas ú otras cosas que estan en el patrimonio de la misma Ciudad: cuyos frutos sirven para el beneficio comun de la Ciudad, cómo reparar muros, puentes y otras cosas semejantes, y pagar salarios de Corregidores y otros Oficiales, *l.* 10. *d. tit.* 28. *l.* 5. *y* 6. *tit.* 11. *y* 34. *lib.* 7. *y* 12. *Nov. Rec.* Para el buen gobierno y administracion de estos bienes se mandó una Junta dicha de *Propios y Arbitrios* al tenor de reales Instrucciones de los años 1745. y 1760. *que son las leyes* 11. *y* 12 *tit.* 16. *lib.* 7. *Nov. Rec.* de las quales se han expedido despues algunas *Adiciones.* Nuestro instituto de escribir Instituciones no nos permite entretenernos en explicarlas, que se pueden ver en Martinez en su obra Librería de Jueces, *tit.* 16. *lib.* 7. *de la Nov. Rec.* y en otros que han hecho colecciones de cédulas recientes. Estas cosas, aunque son de la Ciudad, pertenecen á la IV. especie siguiente.

6 A la IV. especie de cosas pertenecen aquellas cuyo señorío ó dominio puede ganar ó perder qualquier hombre, *l.* 2. *tit.* 28. *P.* 3. quales son las que llamamos privadas ó de particulares, y tambien las que estan destinadas al patrimonio de alguna Ciudad, ó qualquier otro Colegio ó Universidad, en cuyo caso sirven sus frutos para el beneficio comun de aquella Universidad cuyas son; pero sin perder su naturaleza de ser cosas de esta IV. especie, como acabamos de manifestar en el *n. antecedente.*

7 La V. y última especie de cosas es de aquellas, dice la citada *l.* 2. *d. tit.* 28. que non pertenecen a señorío de ningun hombre, ni son contadas en sus bienes. Las solemos llamar de derecho divino por estar establecidas para el servicio de Dios, y son de tres especies, sagradas, religiosas, santas, *l.* 12. *d. tit.* 28. Sagradas son: *Aquellas que consagran los Obispos*, como Iglesias, altares, cruces,

cálices, y otras semejantes, establecidas para el servicio de la Iglesia. Y debe advertirse, que si alguna Iglesia se derribare, queda sin embargo sagrado el lugar en que está construida, *l.* 13. *d. tit.* 28. (1).

8. La *siguiente ley* 14. *de d. tit.* 28. adoptando la doctrina de las leyes Romanas (2), dice ser lugar religioso: *Aquel en que está enterrado un hombre, o a lo menos su cabeza.* Pero como ya advirtió Antonio Torres en sus *Instituciones* §. 6. y otros, no reconocemos en España por religioso otro lugar, que el consagrado ó bendecido por los Obispos. Ni es lícito enterrar en otro lugar á los difuntos. Seguimos en esto las leyes canónicas. Y la *ley inmediata* 15. tambien refiere lo que establecieron las Romanas de las cosas santas, diciendo lo eran los muros y las puertas de la Ciudad; y que por ello incurrian pena de muerte los que los quebrantaren rompiéndolos ó forzándolos. No lo aprueba formalmente, como nota Greg. Lop. en su *glosa* 2. infiriendo de ello ser oportuno el distinguir entre violacion y violacion, diciendo, que si la hacia alguno con ánimo doloso, debia condenarse con pena de la vida, y si se executaba sin él, con pena extraordinaria.

9 Otra division de cosas se menciona en la *l.* 1. *tit.* 30. *P.* 3. que es subdivision de las de la IV. especie que hemos expresado en el *n.* 4. y es en corporales y no corporales ó incorporales. Estas son las que por no tener cuerpo que reciba el tacto, no se pueden tocar, como son las servidumbres, derechos, herencias. Corporales por lo contrario, las que pueden tocarse, como la casa, el caballo, &c. De estas unas son inmuebles ó raices, que tambien se llaman bienes sitios, dichas así porque no pueden moverse del lugar en que estan, como son los campos y casas, y otras muebles que pueden moverse, ó bien por sí mismas como las mulas, bueyes, caballos, ó por los hombres, como vestidos, mesas y los frutos de la tierra, *l.* 4. *tit.* 29. *P.* 3. Es menester tener presente esta diver-

(1) §. 8. *Inst. de rer. div.* (2) §. 9. *eod.*

sidad de cosas, por el diferente derecho que produce en varios asuntos.

10 Explicada la primera parte de este título, pasamos á la segunda, en que hemos de tratar de los modos de adquirir el dominio de las cosas corporales. Dominio es: *Derecho de disponer de una cosa, segun su arbitrio, si no lo impide la ley, la voluntad del testador, o alguna convencion.* Se llama tambien en nuestras leyes *señorío ó propiedad*, *l.* 27. *tit.* 2. *P.* 3. bien que este nombre *propiedad* se toma con freqüencia por aquel dominio al qual falta el usufructo, y por lo mismo suele llamarse entonces *nuda propiedad.* Ademas del dominio regular hay otro que llama *útil*, de lo qual trataremos en su lugar. Con rigor solo se dice de las cosas corporales, pero latamente tomado se extiende á las incorporales, ó derechos, especialmente á los Reales en quantos decimos que son nuestros, y cargan á nuestro favor sobre la misma cosa.

11 Todos saben, que la division de dominios viene del derecho de gentes, porque la exigió la necesidad de poder vivir los hombres en paz y tranquilidad; y que son varios los modos de adquirirle. De ellos, unos pertenecen al mismo derecho de gentes, y otros han sido introducidos por el civil. En *este título*, solo trataremos de los primeros, dexando para mas adelante el hablar de los civiles, que tienen lugar en las prescripciones, herencias y legados. Decimos pues, que los pertenecientes al derecho de gentes se pueden reducir á dos, tomándolos con alguna extension, *ocupacion* y *accesion.* Quanto adquirimos por hecho ú ocupacion nuestra, pertenece al primero, siendo sus especies la caza, pesca, invencion ó hallazgo, tradicion, y otras que irémos recorriendo: y á la accesion lo que adquirimos por razon de otra cosa nuestra, ó porque nace de ella, ó porque se une con ella de modo, que constituya un cuerpo con la misma. Tambien se pueden reducir á dos de otra manera, diciendo ser uno *derivativo*, y otro *originario.* El primero se llama así, por derivarse de otro, por cuya voluntad adquirimos el dominio, qual es la tra-

dicion, sin que haya otro. El segundo, porque á nadie debe su orígen, teniéndolo todo en sí, y á él pertenecen todos los demas, á excepcion de la tradicion.

12 Y por quanto la primera division de modos nos parece mas cómoda y proporcionada para entender mejor los que vamos á explicar, empezamos, usando de ella, por la ocupacion de los animales fieros ó salvages. Y queremos ante todas cosas advertir, que los animales unos son y se llaman absolutamente fieros ó salvages, otros que son tambien de naturaleza fiera; pero se llaman domesticados ó amansados, porque lo estan, y otros domésticos ó mansos. En los primeros y los últimos se siguen reglas enteramente diversas en quanto á la ocupacion: y en los segundos seguimos la regla de los mansos mientras conservan la costumbre de ir y volver, y la de los fieros quando la han dexado.

13 Fieros son aquellos animales: *Que por instinto tienen inclinacion de ir y vaguear por todas partes, sin apetecer la compañía del hombre*, sean terrestres, aquatiles ó voladores. Y como no tienen dueño, se hacen del que los coge, aunque los coja en campo ageno (1), sino es que los cogiere prohibiéndolo el amo de este, ó bien prohibiendo la entrada al cazador, ó bien el cazar en su campo si hubiese ya entrado en él, *l.* 17. *d. tit.* 28. *P.* 3. en cuyos casos son del dueño del campo. El Señor Covarrubias fue de dictámen en el *cap. Peccatum de reg. jur. in* 6. *part.* 2. §. 8. *n.* 5. *y* 9. que tambien en estos dos casos se hacian las fieras de quien las cogia. En quanto al derecho Romano nos parece bien este modo de pensar, pero en quanto al Español creemos no le permiten las expresiones claras en contrario de las 11. 17. y 22. *tit.* 28. *Part.* 3. y asi opina tambien Greg. Lop. en la *glosa* 3. *de d. l.* 2. Y si los animales cogidos saliesen del poder del cazador, volviendo á su pristino estado, pierde este su dominio, y le adquiere el primero que los coja despues: entendiéndose salir de su po-

(1) §. 12. *Inst. de rer. div.*

der, quando han huido y estan tan léjos, que no se ven, ó aunque se vean, se considera que ya no pueden cogerse, *l.* 19. *d. tit.* 28. Si alguno hiriese alguna fiera, y persiguiéndola herida, la cogiese otro, será de este, porque no estaba todavía en poder de quien la hirió, y podia escaparse. Y tambien la hará suya el que la cogiere enredada en un lazo, que otro hubiese puesto, segun todo lo establece la *ley* 21. *de d. tit.* 28.; bien que añade, que en algunos Lugares se usa lo contrario. Y Greg. Lop. en las *glosas* 1. *y* 3. de la misma inclina á favor de esta costumbre, citando á Azon que dice ser general, y á otros, mayormente quando estaba tan enredada la fiera, que no podia escapar; y añade no tener duda si el que puso el lazo estaba á la vista. Y la *ley* 16. *tit.* 4. *lib.* 3. *del Fuero Real* prohibe, que pueda alguno coger la fiera mientras la persiga el que la hirió. Es pues regla en los animales fieros que no han tenido dueño, ó que habiéndole tenido se han escapado y recobrado su libertad, que se hacen del que primero los ocupa.

14 Aunque la libertad de cazar y pescar es de derecho de gentes, pueden los Príncipes modificarla ó limitarla en beneficio del mismo comun, como lo prueba latamente el Señor Covar. con aquella solidez que acostumbra, *in cap. Peccatum de reg. jur. in* 6. §. 8. Con efecto se leen varias limitaciones en las *leyes del tit.* 30. *lib.* 7. *de la Nov. Rec.* Y mas recientemente en la Ordenanza de caza, que incluye y manda guardar la *cédula de* 16. *de Enero de* 1772. *que es la nota* 5. *tit.* 30. *lib.* 7. *Nov. Rec.* En ella se prohibe generalmente el cazar desde el dia primero de Marzo hasta el primero de Agosto, y de Puertos al mar Oceano desde el mismo primero de Marzo hasta primero de Septiembre; y en todo el año en los dias de nieve y fortuna. Solo se exceptúan los dueños de los sitios vedados de todo el Reyno ó sus arrendadores, que podrán cazar conejos en ellos desde el dia de San Juan Bautista hasta primero de Marzo. Se prohibe tambien el uso de galgos en el expresado tiempo de la veda, ampliándose esta prohibicion en los

parages plantados de viña, hasta que su fruto sea cogido. Y sin expresion de tiempo el cazar con perdices de reclamo, lazos, perchas, orzuelos, redes y demas instrumentos, que destruyen la caza, y perjudican la abundancia y diversion; pero se permite todo esto en la caza de codornices y otros pájaros de paso, aun en el tiempo de veda. Se manda que se maten los hurones, con una leve excepcion en los sitios vedados. La pesca en aguas dulces se prohibe asimismo desde primero de Marzo hasta fin de Julio, con instrumento, como no sea la caña. Solo los dueños particulares ó sus arrendadores podrán pescar desde el dia 24. de Junio. Y en el *n*.. 13. se refieren los instrumentos y medios ilícitos prohibidos en todo tiempo; y en el 15. las penas de los transgresores.

15 Entre los animales fieros ó salvages se cuentan tambien las abejas; pero por la grandísima utilidad que traen á los hombres, se han introducido generalmente recogerlas y cuidarlas bien en colmenas, y que sean parte del patrimonio del dueño de estas; el qual conserva el dominio de los enjambres que vuelan de ellas, mientras los tiene á la vista, y no tan lejos, que se considere imposible recogerlos; porque entonces se hacen del primero que las ocupa, metiéndolas en colmena ú otra cosa, aunque posaren en árbol ageno, sino es que el amo del campo estando delante se lo prohibiese; y lo mismo debe decirse de los panales que allí hubiesen hecho, *l.* 22. *d. tit.* 28. Pero no podrá prohibir á su dueño que las persigue, el entrar en el campo y recogerlas, *l.* 17 *d. tit.* 4. *lib.* 3. *del Fuero Real.*

16 Los animales mansos ó domésticos son aquellos que nacen y se crian en las casas de los hombres, como las gallinas y los ansares ó patos. Y estos aunque vuelen y se vayan de las casas de aquellos que los crian, y no vuelvan, no por eso pierde su dominio aquel cuyas son; de suerte que se pueden pedir al que los retenga con intencion de hacerlos suyos, *l.* 24. *d. tit.* 28. Es pues la regla en estos animales, que sin embargo de

qualquiera ocupacion, permanecen siempre en el dominio de aquel de quien eran.

17 Los domesticados ó amansados son, segun diximos, de naturaleza fiera ó salvage; pero tienen la costumbre de ir y volver á los abrigos que les proporcionan los hombres por lo útiles que les son. Mientras conservan la costumbre de ir y volver, se observa en su ocupacion la regla establecida en los mansos, y si la dexan la de los fieros. Refiere algunos la *ley* 23. *de d. tit.* 28., y entre ellos otra especie de ansares que no se crian en casa, y los mas conocidos y útiles, que son las palomas. Pero en atencion á que derramándose en los tiempos de sementera y cosecha por las heredades y eras, ocasionaban por su multitud graves daños en los sembrados y mieses, se estableció *una Pragmática en* 16. *de Setiembre del año* 1784. *que es la ley* 4. *tit.* 31. *lib.* 7. *de la Nov. Rec.* en la que mejorando lo establecido en la *ley* 3. *tit.* 31. *lib.* 7. *Nov. Rec.* y en el *n.* 9. *de la Ordenanza de caza*, de que hemos hablado arriba al *n.* 14. se manda lo siguiente: I. Que los dueños de los palomares sean obligados á cerrarlos, y poner redes en los dos meses de Octubre y Noviembre, y en los tres de Junio, Julio y Agosto, sin que las Justicias puedan ampliar ó reducir este término. II. Que hallándose las palomas en dichas dos temporadas fuera de los palomares, se les podrá tirar á qualquiera distancia por los vecinos y forasteros, bien sean labradores ó no lo sean, en los sembrados y eras, sin incurrir en pena alguna; con tal, que siendo dentro de la distancia del tiro, no se pueda hacer sino á espalda vuelta de los palomares. III. Que los dueños de los palomares, ademas de perder las palomas, han de pagar el daño á justa tasacion, y medio real vellon de multa por cada una, con agravacion en casos de reincidencia, hasta la pérdida de los palomares y demas al arbitrio del Consejo. IV. Que por lo muy útil que es al comun la cria, aumento y conservacion de las palomas, subsista y quede en su fuerza y vigor para los demas

meses y temporadas del año lo dispuesto en la expresada *ley* 3. y que en su conseqüencia no se pueda tirar en ellos á las palomas á las inmediaciones de los palomares, ni á la distancia de la legua de sus alrededores que previene.

18 Por la ocupacion adquirimos tambien el dominio de las piedras preciosas y otras cosas semejantes, que encontramos en la ribera del mar, siendo la razon de su adquisicion la misma que la de las fieras, de que siendo de ninguno, se hacen del que primero las ocupa, *l.* 5. *d. tit.* 28. *P.* 3. (1). Asimismo adquirimos el dominio por la ocupacion de aquellas cosas, que las desamparan ó echan sus dueños con la intencion que no sean suyas (2), bien sean muebles ó raices; pues desde entonces empiezan á ser de ninguno: con el bien entendido, de que para esto deben concurrir las dos circunstancias de haberlas echado ó desamparado su dueño, y que esto haya sido con la voluntad de que ya no fuesen suyas. Por falta de esta segunda circunstancia, no tiene lugar esta adquisicion de dominio en las cosas muebles que echamos al mar por el miedo ó peligro de la tempestad (3), ni en las raices que desamparamos sin atrevernos á ir á ellas por miedo de enemigos ó ladrones, *leyes* 49. *y* 50. *de d. tit.* 28. Ni en las que llamamos *mostrencas*, esto es, que se hallan perdidas, sin saberse de quien son; las quales se deben pregonar por espacio de 14. meses, para que llegando la noticia á su dueño, las pueda recoger. Y si pasado este término no apareciese, se deben vender, y aplicarse su producto á la construccion y conservacion de caminos, segun el *Real Decreto de* 27. *de Noviembre de* 1785. *que es la ley* 6. *tit.* 22. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* é instruccion que este cita y le acompaña. A este tenor quedan corregidas la *leyes* 2. 4. *y* 5. *de d. tit.* que hablan de este asunto.

19 La adquisicion del tesoro, esto es, dinero escon-

(1) §. 18. *de rer. div.* (2) §. 46. *eod.* (3) §. 47. *eod.*

dido, cuyo dueño ya no se sabe quien es, pertenecia tambien á ocupacion por su mitad; que se concedia al que lo hallaba, por razon del hallazgo, atendida la *ley* 45. *de d. tit.* 28. que asi lo disponia á imitacion de las leyes Romanas (1). Pero por ley mas reciente, que es la 3. *d. tit.* pertenece al Rey dando la quarta parte por galardon al denunciador. Y aunque *esta ley* solo habla al parecer de tesoros hallados en lugares pertenecientes al Rey, prueba el Sr. Covar. *in cap. Peccatum de reg. jur. in* 6. *part.* 3. §. 2. *n.* 4. y mas latamente Gutier. *lib.* 4. *pract. quæst.* 36. *á n.* 51. deber entenderse de todos, mayormente siendo esta la costumbre general; y que en ello no hay injusticia alguna. Y pertenecen tambien al Rey las minas de oro, plata y qualquier otro metal, y las de sal, *l.* 1. *y siguientes d. tit.* 22. que hablan latamente de este asunto, y de quanta parte se debe dar al inventor, segun la diversidad de circunstancias.

20 Referimos tambien á la ocupacion la accepcion, esto es, quando recibimos alguna cosa por tradicion que nos hace el dueño ó su procurador, nacida de un justo título idoneo para transferir el dominio, como venta, dote, permuta ú otra semejante; pues con hacersenos este entrego ó tradicion, la adquirimos. Solo hay que advertir, que si el título es venta, no nos pasa el dominio, sino pagamos el precio, ó la venta se haga, dando el comprador fiadores, prendas ó á plazos, *l.* 46. *d. tit.* 28. (2). Y no es menester, que la tradicion sea real ó corporal, basta que sea fingida ó presumida por el derecho, que es en dos maneras. La una se llama por los Intérpretes ficcion de breve mano, introducida para la mayor facilidad y brevedad de los negocios y contratos, como por exemplo, tengo yo en mi poder una casa de Juan en arrendamiento ó depósito, y me la vende, se hace mia sin tradicion real; porque para ahorrar rodeos, se finge que yo se la restituí, y él me le entregó despues, *l.* 47. *d.*

(1) §. 39. *eod.* (2) §§. 40. 41. 42. *eod.*

tit. 28. (1). Y la otra simbólica, porque se hace por la tradicion de algun símbolo ó señal que representa y denota la tradicion de lo que se vende. Por este término se hace del comprador el trigo que hay en un almacen, entregándole el vendedor sus llaves á vista del mismo almacen *d. l.* 47. *junc.* la *ley* 7. *tit.* 30. *d. P.* 3.; y véase otro exmplo de la vista en el *tit. sig. n.* 15. (2). Y como las servidumbres y demas derechos ó cosas incorporales no son capaces de tradicion real, la representa en ellas el uso de aquel á quien se conceden, consintiéndolo el que sufre estos derechos, *l.* 1. *d. tit.* 30. (3). Tambien se hacen por la tradicion fingida del que los coge los dineros ú otras cosas, que en funciones de alegría se echan al pueblo, pues aunque no los entrega corporalmente quien los echa al que los coge, como los echa con este fin, se finge que se los entrega, *l.* 48. *d. tit.* 28. *P.* 3. (4). Para tener lugar este modo de adquirir el dominio, debe ser dueño el tradente de lo que entrega, ó bien su procurador, y tener intencion de pasar su dominio al accipiente, y por eso es derivativo, como diximos arriba *n.* 11.

21 Vistos los modos de adquirir el dominio por la *ocupacion*, vamos á hablar de aquellos en que se adquiere por la *accesion*: cuyo nombre tomamos latamente, de manera que no solo se extienda á aquellas cosas que juntándose ó uniéndose á las nuestras constituyen con ellas un solo cuerpo, sino tambien á las que nacen de las nuestras. A esta última especie de accesion llaman los Doctores *discretas*, por la separacion de cuerpos, y á la otra *continua*. Por la discreta pertenecen á nuestro dominio los partos de nuestras vacas, ovejas, yeguas y otras bestias, *l.* 25. *d. tit.* 28. (5); y los frutos que producen nuestros campos.

22 De la accesion continua hay dos especies, natural, que acontece por obra de sola la naturaleza y benefi-

(1) §. 43. *eod.* (2) §. 44. *eod.* (3) *L.* 1. *tit.* 3. *P.* 3.
(4) §. 46. *Inst. de rer. div.* (5) §. 19. *eod.*

cio de los rios, sin cooperacion alguna del hombre, é industrial, que procede de la industria y hecho de los hombres. La primera sucede de quatro maneras: por aluvion, fuerza manifiesta de los rios, islas que en él nacen, y mutacion del alveo ó cauce de los mismos. Aluvion es: *Crecimiento lento que dan las avenidas de los rios á nuestros campos, tomándolo de otros tan poco á poco, que no puede entenderse el tanto que se une cada vez;* y este aumento se hace nuestro por derecho de accesion, *l.* 26. *d. tit.* 28. (1). Pero si acaeciese que la fuerza manifiesta del rio en una grande avenida, se llevase una porcion de terreno conocidamente con árboles ó sin ellos del campo del vecino, y lo dexase junto al mio que estaba mas abaxo, no se haria mio dicho terreno, hasta que durase tanto tiempo esta union, que los árboles echasen raices en mi campo: en cuyo caso adquiriria yo su dominio con la obligacion de dar al otro el menoscabo que recibió á juicio de peritos, *d. l.* 26. cuyas *glosas* 6. y 7. advierte con razon Gregor. Lop. seria lo mismo, si el no haber echado raices en mi campo los árboles, fuese porque no les habia en la tierra unida: de suerte que todo pende de haber pasado mucho tiempo haciéndose constante la union: Y que el menoscabo debia regularse con respecto á los árboles considerados como arrancados.

23 El dominio de las islas que nacen en el rio, lo adquieren por accesion los dueños de los campos mas vecinos, cada uno por lo que afronta con ellas (2), y se debe seguir con tanto rigor la mayor proxîmidad, que si alguna isla naciese en el rio, de manera que casi toda estuviese mas cerca de los campos del un lado, no seria toda suya, sino solo la porcion que les estaba mas cerca, y la otra de los del opuesto, midiéndolo con una soga, *l.* 27. *d. tit.* 28. Y si los campos vecinos perteneciesen á uno en el usufructo, y á otro en la propiedad, seria la isla del propietario en quanto á la propiedad, y tambien en

(1) §. 20. *eod.* (2) §. 22. *eod.*

quanto al usufructo; pero el usufructo de lo que se adquiere por aluvion ó fuerza manifiesta del rio, pertenecerá al fructuario del campo, *l.* 30. *d. tit.* 28. Y si las islas de los rios no hubiesen nacido en ellos, sí que las habian formado los mismos entrando con grande avenida en las heredades, y reduciendo á isla algun campo, siempre permanece este de quien era, *l.* 28. *d. tit.* 28. (1). Si la isla naciese en el mar, lo que sucede muy raras veces, es de el que la poblare primeramente; mas debe obedecer al Señor, en cuyo señorío es aquel lugar donde apareció, *l.* 29. *d. tit.* 28. (2). Si el rio muda de alveo, el nuevo se hace público como lo es el rio, y el viejo abandonado le adquieren los dueños de los campos vecinos, *l.* 31. *d. tit.* 28. (3). Si los campos se inundan ó cubren de agua por las avenidas de los rios, conservan su dominio los que antes le tenian; aunque pierden la posesion mientras estan cubiertos: mas luego que se descubren y vuelven las aguas á su lugar, pueden usar de ellos, como antes lo hacian, *l.* 32. *d. tit.* 28. (4). Contamos tambien por accesion la que ocurre en la plantacion de un árbol en campo ageno. Quando esto sucede, el dueño del campo adquiere el dominio del árbol, luego que este echa raices, ó se alimenta de él, *l.* 43. *d. tit.* 28. (5). Y como esto acontece por obra de la naturaleza, es natural esta accesion, ademas de las quatro que suceden por beneficio de los rios, segun acabamos de explicar.

24 A la accesion industrial pertenece en primer lugar la conjuncion, esto es, quando á algun cuerpo se añade alguna parte que le faltaba, en cuyo caso adquiere algunas veces el dominio de esta el que tiene el del cuerpo. En ello se observan las siguientes reglas establecidas en la *ley* 35. *de d. tit.* 28. Si á una estátua mia de oro ó plata junto un pie ó brazo, y la soldadura fuese del mismo metal, que son la estátua y pie, adquiero el domi-

(1) D. §. 22. (2) *D.* §. 22. (3) §. 23. (4) §. 24. *Inst. de rer. l.* 3. §. 17. *de adq. v. am. pos.* (5) §. 31. *Inst. eod.*

nio de este, si lo junto con buena fe, creyendo era mio el pie, con la obligacion de dar al que era dueño del pie su valor. Pero si lo juntase con plomo ó materia de otro metal, no lo hago mio, tenga mala ó buena fe. Si el dueño del pie lo juntase á mi estátua, me transfiere su dominio, si lo hace con mala fe, sabiendo ser mia la estátua, pues se presume que me le quiere dar. Y si la tuviese buena, tengo yo la eleccion ó de tener el pie en la estátua, pagando su estimacion al dueño que le juntó, ó dárselo sin pagarle el valor.

25 Tambien adquiero por accesion lo que se escribe por otro en libro ó pergamino mio. Si el que escribió tuvo buena fe creyendo ser suyo el pergamino, ó que tenia derecho de escribir en él, y lo quisiere el dueño del pergamino, deberá pagar al que escribió lo que estimaren perítos, que merece por ello. (1). Y si lo que escribió fuere secreto, ó interesara mucho en retenerlo, dicta toda equidad el que pueda quedarse con la escritura, pagando al dueño del pergamino su estimacion; pero no hallamos ley que lo apoye ó ponga el caso. Mas si escribió teniendo mala fe, pierde el trabajo que puso, *l.* 36. *d. tit.* 28. Y si alguno pinta en tabla agena con buena fe, es dueño de la pintura, debiendo dar el valor de la tabla á su anterior dueño. Pero si pintó con mala fe, pierde la pintura, y debe ser de quien era la tabla, *l.* 37. *d. tit.* 28. (2).

26 Por accesion adquirimos tambien el dominio de la madera, ladrillos y otros materiales que ponemos en nuestras casas, aun en el caso que lo hubiésemos hecho con mala fe, sin poderlos demandar aquel cuyos eran: lo que se estableció para precaver, que arruinándose las casas, sacando de ella los materiales, se arruinasen con deformidad de la Ciudad. Pero el que metió los materiales tiene la obligacion de pagar á su dueño el valor de ellos duplicado, *l.* 38. *d. tit.* 28. (3), la qual concede esta accion al doble, hablando del que edificó, sea con mala ó

(1) §. 33. *eod.* (2) §. 34. *eod.* (3) §. 29. *eod.*

con buena fe. Y por quanto la *ley* 16. *tit.* 2. *P.* 3. hablando de este mismo asunto en el *vers. Pero y siguientes*, distingue diciendo, que si el edificante tuvo buena fe, compete contra él la accion al doble, y si la tuvo mala, debe pagar quanto jurare interesarle el que recibió el daño, nos parece, que cotejadas *estas dos leyes* tiene este eleccion contra el que edificó con mala fe, para pedir su interes, ó el doble valor de sus materiales. En la práctica jamas hemos visto, ni creemos se verá, condenarse al pago doblado al que edificó con buena fe.

27 Los dos modos de adquirir que se siguen, no son tan sencillos, esto es, contienen en sí alguna mezcla ó diversidad. Sea el I. la especificacion, que no es otra cosa que: *Formacion de una nueva especie.* Si alguno la hace de materia agena, debe distinguirse en quanto á su dominio el caso en que no puede tornar á su primer estado que tenia antes, del en que puede tornar. En el primero pertenece el dominio al que formó la especie, y así será mio el vino y aceyte que hice de uvas y aceytunas agenas, con tal que lo haya hecho con buena fe. Y el modo de adquirir el dominio será *ocupacion*, porque considerándose enteramente nueva especie, como cosa que aparece de nuevo, se reputa sin dueño, y es del primero que la ocupa, que es el mismo que la hace. Al contrario, si puede tornar al primer estado, pertenece al dueño de la materia; será pues tuyo el vaso que otro hubiese hecho de plata tuya. Y es la razon, por considerarse haber permanecido siempre la misma materia (1), que como mas principal y fundamento de la forma, la atraxo á sí; y por ello el modo de adquirir el dominio en este caso, es *accesion*. Y adviértase, que en ambos casos debe el dueño de la nueva especie pagar al otro ó el valor de la materia que perdió, ó las expensas que hizo formando la especie con buena fe; pero no si la hubiese tenido mala, *l.* 33. *d. tit.* 28.

(1) §. 25. *eod.*

28 En II. es el que dimana de la posesion con buena fe. Si con ella compra alguno casa ó campo, de quien cree ser suyo, ó que tiene potestad de venderlo, hace suyos los frutos que percibiere por la obra y trabajo que puso en ellos, hasta que apareciendo el dueño de lo comprado, se comenzase pleyto entre los dos por demanda y respuesta, ó como suele decirse hasta la contestacion del pleyto, con tal que los hubiese consumido ó despendido. Pero los no despendidos ó estantes les debe tornar al dueño de la finca, sacando primero las expensas que hubiere hecho sobre ellos, *l.* 39. *d. tit.* 28. (1). Esta doctrina debe entenderse en los frutos que llamamos *industriales*, por el motivo de que no proceden sin la industria y cultura del hombre, como es el trigo y demas granos que se siembran. El modo de hacerlos nuestros, es la percepcion ó separacion de la tierra ó árboles que les producen; porque los no separados ó pendientes, se reputan parte de la cosa (2). Y es anómalo, porque ni puede reducirse rotundamente á la ocupacion, respecto á que si así fuera tendria tambien lugar en el poseedor de mala fe, lo que no sucede, como luego verémos, ni á la accesion discreta, porque salen ó nacen del campo que no es nuestro. Unidos la buena fe y la percepcion laboriosa, lo forman.

29 Si los frutos percibidos fuesen los que decimos *naturales*, por ser de tal naturaleza, que no vienen por el trabajo de los hombres, mas por si los da el campo, dice la *misma ley* 39. que debe restituirlos el poseedor con la heredad ó campo, aunque los haya despendido á buena fe; y que si por ventura fuese poseedor de mala fe, y los hubiese despendido, debe restituir su precio. Parece á primera vista, que iguala en quanto á la obligacion de restituir los frutos despendidos, á los poseedores de mala y buena fe; porque tambien ha de executarse la obligacion de este en restituir el precio de los frutos, por no

(1) *L.* 22. *C. de rei vind.* (2) *L.* 44. *D. eod.*

poder hacerse en ellos mismos como á consumidos: cuya doctrina generalmente entendida, no tendria al parecer equidad. Dirémos pues con Gregor. Lop. en la *glosa* 9. *de d. ley.* 39. que en el poseedor de buena fe deberá entenderse solamente en quanto se hizo mas rico: quando al contrario ha de entenderse generalmente en el que la tiene mala. Esta interpretacion, sobre equitativa, tiene fundamento en la *misma ley*, que habiendo dicho del de buena fe, que debia restituir los frutos despendidos, varía la locucion, quando en seguida habla del de mala, diciendo deber pechar el precio de ellos: cuya variacion en el hablar, la indica tambien en la doctrina, y no puede ser otra. Y adviértase, que tambien el poseedor de mala fe puede sacar las expensas que hizo en su razon, *d. l.* 39. *al fin.* La siguiente *ley* 40. pone una diferencia en dos géneros que hace de poseedores de mala fe, á saber, uno de aquellos que roban la cosa ó la entran sin derecho; y otro de los que la tienen por razon de compra, donadio ú otra razon derecha; pero sabiendo, que aquellos de quien la han no tienen derecho de enagenarla. De los primeros dice, que vencidos en juicio deben tornar la cosa con los frutos que lleváron, y con los que hubiera podido llevar su dueño: y de los segundos, que han de tornar los frutos percibidos por ellos, pero no los que pudiera haber percibido el dueño; de cuyo caso pone quatro excepciones, siendo la una quando el vendedor vendió la cosa con intencion de engañar á sus acreedores, y el comprador fue partícipe del engaño.

30 De las despensas que hace el poseedor de casa agena habla con extension la *ley* 44. *de d. tit.* 28., distinguiéndolas en necesarias, útiles y voluntarias. Dice de las necesarias, que las puede cobrar todo poseedor sea de buena ó mala fe, no debiendo entregar la casa al dueño hasta que se las pague; pero debe tomar en descuento los frutos ó proyechos que hubiese percibido. En las no necesarias, pero útiles ó provechosas, distingue entre el poseedor de buena y de mala fe. El de bue-

na las puede cobrar como las necesarias; pero el de mala las puede sacar y llevárselas si el dueño de la casa no quisiere pagárselas. Y esto mismo puede hacer el de buena fe en las expensas voluntarias: bien que deberá dexarlas si el dueño de la casa le pagare lo que debia sacar de ellas; y el poseedor de mala fe nada saca por razon de estas despensas. Esta *ley* habla con mas claridad que las 41. *y* 42. *del propio título*, que tratan del mismo asunto.

TITULO II.

DE LAS PRESCRIPCIONES, Y DE LA POSESION.

Tit. 29. y 3. P. 5. Tit. 8. lib. 11. de la Nov. Rec. (1).

1. 2. *Si la usucapcion ó prescripcion es modo de adquirir del derecho civil, ó de el de gentes; y cómo se define.*
3. *Se refieren los requisitos necesarios para la prescripcion.*
4. 5. 6. 7. 8. 9. *Se explican los cinco requisitos de la prescripcion.*
10. 11. 12. *Qué significa prescribirse las acciones; y variedad de tiempo por qué se prescriben.*
13. *Qué sea quasi posesion, y de la division de posesion en civil y natural.*
14. *Quiénes pueden adquirir posesion.*
15. *Qué cosas se requieren para adquirir la posesion.*
16. 17. *Modos de perderse la posesion.*

1 Por el uso de la cosa con justo título y buena fe, se adquiere tambien su dominio; pero este modo de adquirir se reputa civil, á causa de resistirle á primera

(1) *Tit.* 2. *et* 3. *lib.* 41. *D. et tit.* 33. *et* 39. *lib.* 7. *C.*

vista la razon natural, que no permite se le quite á ninguno su dominio, sin culpa ni intervencion suya: aunque no dexa de tener mucha equidad fundada en exîgirlo así el bien público, como veremos: de suerte que no hallamos grande reparo en decir, que puede tambien referirse al derecho de gentes secundario. Pero sea lo que fuere de esta qüestion de poco ó ningun provecho, vamos á explicarlo.

2 A este modo de adquirir llamaron las leyes Romanas usucapion ó prescripcion (1), y tambien le da este último nombre el *tit.* 8. *lib.* 11. *de la Nov. Rec.*; y no es otra cosa que: *Adquisicion de dominio por continuacion de posesion por el tiempo definido por la ley.* Su introduccion la hizo necesaria la pública utilidad y tranquilidad de la República; porque sin ella estarian expuestos á infinitos pleytos los poseedores de las cosas, sin bastarles á evitarlos su larga posesion, aunque adquirida por título de compra ú otro legítimo: podria clamar qualquiera pretendiendo haber sido la cosa de sus antecesores, y nunca del que la vendió; y el dominio estaria en incierto, con los perjuicios del estado que se dexan considerar. La llamó con razon Ciceron fin de la solicitud y de los pleytos.

3 Para tener lugar la prescripcion, son necesarios cinco requisitos: I. Razon derecha ó justo título idóneo para transferir el dominio, esto es, que por él adquiririamos inmediatamente el dominio, seguida la tradicion, si procediese del verdadero dueño de la cosa que pudiese enagenarla; y viniendo de quien no lo es, produce el derecho de prescribir, como compra, donadio, permuta. II. Buena fe. III. Posesion continuada. IV. El tiempo tasado por la ley. V. Que la cosa no sea viciosa, esto es, no tenga en sí impedimento de prescribirse. Adquiriré yo pues por prescripcion el dominio de una cosa, si habiéndola comprado de quien no era su dueño, creí, que lo era y que

(1) *Tit. 6. lib. 2. Inst.*

me la podia vender, y en seguida la poseí sin interrupcion el tiempo determinado por la ley, y en ella no habia circunstancia alguna que pudiese impedir su prescripcion, *l.* 6. *y siguiente*, *l.* 9. *l.* 18. *d. tit.* 29. *P.* 3.

4. El título necesario para la prescripcion debe exîstir real y verdaderamente, sin que baste el exîstimado; y de ahí es, que no puede prescribir el que tiene una cosa, creyendo haberla comprado, ó que se le ha dado sin ser así; sino es que su falsa creencia venga de la ignorancia de un hecho ageno, que le sea tolerable ó inculpable; como por exemplo, si habiendo dado yo órden á mi procurador que me comprase alguna cosa me la entregase, diciendo contra la verdad haberla comprado, ó la tuviese por legado, que ignorándolo yo hubiere sido revocado: en cuyos casos tendria lugar la prescripcion, *l.* 14. *l.* 15. *d. tit.* 29. (1).

5. La buena fe consiste en creer el poseedor de la cosa, que era dueño de ella, ó tenia facultad de enagenarla el que se la vendió ó dió, *d. l.* 9. (2). La *ley* 12. *d. tit.* 29., imitando las Romanas (3), estableció, que bastaba hubiese tenido buena fe el poseedor al tiempo que se le entregó la cosa, á excepcion de quando la recibia por compra, que entonces era menester haberla tenido tambien al de celebrarse el contrato: de suerte que no impedia la prescripcion la mala fe que sobreviniese despues de la entrega. Pero Gregor. Lop. en la *glosa* 1. *de d. l.* 12., el Señor Covar. *lib.* 1. *var. cap.* 3. *n.* 7. y todos los demas Intérpretes nuestros dicen, que en este particular seguimos en España al derecho canónico, que en el *cap. ult. de præscrip. de las Decretales de Gregorio IX.* establece deber durar la buena fe hasta el complemento de la prescripcion. Y el mismo Greg. Lop. en la *glosa* 2. *de la ley* 21. *de d. tit.* 29. añade, debe seguirse esta misma doctrina en la prescripcion de 30. años, sin embargo

(1) §. 6. *Inst. usucap. l.* 11. *pro empt.* (2) *L.* 109. *de verb. sign.*
(3) *L.* 2. *pro empt.*

de que *esta ley*, á imitacion tambien de las Romanas (1), no exîge buena fé en las prescripciones tan largas. Y Vela en su *disertacion* 48. *n.* 45. *y siguient.* pretende estar apoyada esta doctrina en la *ley* 2. *tit.* 8. *lib.* 11. *de la Nov. Rec.* Y todavia avanzan mas Covar. *in regula Possessor*, *part.* 2. §. 8. *n.* 5. Castill. *de tertiis*, *cap.* 26. *n.* 13. y Molina *de primogen. lib.* 2. *cap.* 6. *n.* 66., hasta decir con otros muchos que citan, que la mala fe impide tambien la prescripcion inmemorial: pero advierte el mismo Covar. en *d.* §. 8. *n.* 4. *y siguientes* tener lugar està sentencia en el caso de constar ser mala la fé; porque la que solo es mala por presuncion, se quita por la prescripcion de 30. años.

6 Posesion, dice la *ley* 1. *tit.* 30. *P.* 3. es: *Tenencia derecha que ome ha en las cosas corporales con ayuda del cuerpo e del entendimiento*, y casi siempre la apellidan las leyes de las *Partidas* con el nombre de *tenencia*. La palabra *derecha*, significa lo mismo que legal, esto es, apoyada por las leyes, sin que ninguno se la pueda quitar con propia ó privada voluntad; como luego lo explicaremos, y con intencion en el que la tiene de que es dueño de la cosa; y de ahí es, que no la puede prescribir el que la tiene á empeños ó encomienda ó arrendada ó forzada; porque estos tales no son tenedores por sí, sino por aquellos de quien la cosa tienen, *l.* 1. *tit.* 8. *lib.* 11. *de la Nov. Rec.* y no la tienen creyendo que son dueños. Està posesion ha de ser de tres años para poderse prescribir las cosas muebles, *l.* 9. *d. tit.* 29. *P.* 3., y de diez entre presentes, y veinte entre ausentes si fuesen raices, *l.* 18. *d. tit.* 29. (2). Y la *siguiente ley* 19. añade ser necesarios treinta años, quando el que enagenaba la cosa sabia no tener derecho para ello, sino es que lo supiere tambien aquel que podia enagenarla y callase: en cuyo caso bastarian los diez años entre presentes, y veinte entre ausentes: y explica entenderse por presente, el due-

(1) *L.* 3. *l.* 4. *C. de præscript.* 30. *an.* (2) *Princ. Inst. d. usucap.*

ño contra quien corre la prescripcion estar en la misma provincia, y ausente estar fuera de ella. Y si parte del tiempo estuviese fuera, este se gobernaria por la regla de los ausentes, y el otro por el de los presentes, segun la *ley* 20. *del mismo tit.* 29.

7 La posesion debe ser continua, *d. l.* 9. *tit.* 29. *l.* 5. *tit.* 15. *lib.* 10. *de la. Nov. Rec.* porque si llega á interrumpirse, ó bien naturalmente, porque realmente la pierde el que estaba prescribiendo, ó bien civilmente, porque se le emplaza ó pone demanda; de tal manera queda cortada la prescripcion, que debe empezarse de nuevo, *l.* 29. *d. tit.* 29. *l.* 6. *tit.* 8. *lib.* 11. *de la Nov. Rec.* (1). Pero sigue la continuacion del antecesor en su sucesor tanto singular como universal; de suerte que al tiempo en que poseyó el antecesor se junta el del sucesor, con tal que tenga buena fe, y de consiguiente si tú poseias una cosa mueble dos años, y despues soy tu heredero ó me la vendes, poseyéndola con igual buena fé otro año, completaré su prescripcion, *l.* 16. *d. tit.* 29. la qual extiende esta doctrina al caso en que poseyendo alguno cosa agena, la empeñó, y dió al acreedor en prenda, en el qual puede aquel juntar á su posesion el tiempo en que está la cosa en poder del acreedor. Lo que hemos dicho del tiempo, se entiende para prescribir el dominio; pues para la posesion basta un año y un dia, en los términos que previene la *l.* 3. *tit.* 8. *d.* esto es, que el que tiene por un año y un dia una cosa con título y buena fe, en paz y en faz de quien la demanda, puede excusarse de responder sobre la posesion. Es verdad, habla la ley de las Ciudades, en cuyos fueros se contiene esto; pero vemos observarse generalmente, siguiendo la opinion de Diego Perez contra la de Azevedo en el comentario de *d. l.* 3.

8 El V. y último requisito para la prescripcion es, que la cosa no sea viciosa, es decir, que no tenga in-

(1) *L. pen. l. ult C. de anal. except.*

pedimiento que la resista. Le tienen las cosas siguientes: I. Las que llamamos de derecho divino, sagradas, religiosas, santas, y el hombre libre, *l.* 6. *d. tit.* 29. (1). II. Las plazas, calles, exidos, dehesas y otros bienes de las Ciudades, que son para el uso comun de sus vecinos, *l.* 7. *d. tit.* 29. (2). III. Las forzadas ó robadas, *l.* 4. *d. tit.* 29. *l.* 2. *tit.* 8. *lib.* 11. *de la Nov. Rec.* (3). IV. Las de los menores de 25. años, las de los hijos que estan en la patria potestad, y las dotales, (4), sino es que siendo el marido un pródigo callase la muger, sin pedirle la restitucion de su dote, *l.* 8. *d. tit.* 29. Esta doctrina en quanto á las cosas dotales debe entenderse quando la dote fuese inestimada; porque siendo estimada, ya no son dotales las cosas que se dieron en dote, por haberse subrogado por ellas su precio, como vimos en el *lib.* 1. *tit.* 5. *n.* 4. Y en quanto á los menores téngase presente, y por repetido aqui, lo que diximos en el *lib.* 1. *tit.* 8. *n.* 3.

9 Las cosas que estan en el patrimonio de las Ciudades, cuyo producto es para el beneficio del comun de sus vecinos, pero sin poder usar de ellas ninguno en particular, como notamos en el *título antecedente n.* 4. se prescriben, por el tiempo de quarenta años, pero se puede pedir la restitucion *in integrum*, *d. l.* 7. Y lo mismo sucede en las raices que pertenezcan á alguna Iglesia ó lugar religioso: mas para la prescripcion de las muebles bastan tres años. Y en la de las pertenecientes á la Iglesia Romana, son menester ciento, *l.* 26. *d. tit.* 29. La jurisdiccion suprema, civil ó criminal que compete al Rey, no admite prescripcion alguna, aunque sea de tiempo inmemorial, como ni tampoco los pechos y tributos que se le deben, ni las alcabalas, aunque en ellos pareciese tolerancia de los Reyes, *l.* 4. *y* 9. *tit. d. l.* 6. *d. tit.* 29. *P.* 3. Pero segun *esta l.* 1. qualesquiera Ciu-

(1) §. 1. *Inst. de usucap.* (2) *L.* 23. *de sacros. Eccles.* (3) §. 2. *Inst. de usucap.* (4) *L. ult. C. in quib. cau. in int. l.* 1. §. 2. *de anal. except. l.* 4. *de fund. dot.*

dades, Villas y Lugares, y jurisdicciones civiles y criminales, y qualquier cosa ó parte de ello, con las cosas anexâs y pertenecientes al señorío y jurisdiccion, se pueden prescribir por posesion inmemorial, que sea probada, segun previene la *l.* 1. *tit.* 7. *lib.* 5. *de la Recop.* que explicaremos hablando de los mayorazgos; diciendo tambien entonces qué prescripcion puede tener lugar en ellos. Y por la misma prescripcion inmemorial se adquiere el derecho de exîgir imposiciones, bastando 40. años para la posesion, *l.* 8. *d. tit.* 15.

10 Hemos hablado hasta aqui de la prescripcion en quanto por ella se significa un modo de adquirir el dominio, lo que no sucede siempre. Porque quando se predica de acciones, está tan léjos de significar adquisicion de estas, que por lo contrario significa su destruccion; como que produce á favor del prescribiente el cortar la accion, dándole una excepcion que la destruye, ó pudiéndose decir ser ella misma la excepcion; y con efecto las leyes Romanas dan con frequencia á esta el nombre de prescripcion (1). Y en este sentido se toma en varias leyes del *tit.* 8. *lib.* 11. *de la Nov. Rec.* La 5. dice: *El derecho de executar por obligacion personal se prescriba por diez años, y la accion personal, y la executoria dada sobre ella se prescriba por veinte años, y no ménos; pero donde en la obligacion hay hipoteca, ó donde la obligacion es mixta, personal y real, la deuda se prescriba por treinta años, y no ménos; lo qual se guarde sin embargo de la ley del Rey D. Alonso, que puso que la accion personal se prescribiese por diez años.* Y por quanto ni *esta ley* ni otra alguna de la Recopilacion habla de la presrripcion de la accion mere real, debemos decir queda intacta en su vigor la de treinta años que estableció la *ley* 21. *d. tit.* 29. *P.* 3. Pero debemos advertir con Antonio Gomez en el comentario de la *ley* 63. *de Toro*, que es la misma 5. *tit.* 8. *d.* entender-

(1) *L. pen. de except. l. 8. l. pen. et ult. C. eod.*

se esta doctrina de las acciones real y mixta, quando al que posee la cosa le faltó algun requisito para poderla adquirir por prescripcion; porque si no le faltó, adquirió su dominio, concluido el tiempo que hemos referido ser necesario, y hecho ya dueño, cesa contra él toda accion: Azevedo explica latamente esta *l.* 6.

11 Tres años bastan para prescribirse y quedar cortadas las acciones siguientes: I. La que tienen para cobrar sus servicios ó salarios los que hayan servido á otros. II. La que compete á Boticarios, Joyeros y otros Oficiales mecánicos, y á los Especieros, Confiteros y otras personas que tienen tiendas de cosas de comer, por razon de lo que hubieren dado de sus tiendas, y hechuras que hubieren hecho. Los tres años se cuentan en los sirvientes desde el dia en que hubieren sido despedidos por sus amos, y en los otros desde el en que recibieron lo que se les dió; y para impedir esta prescripcion basta qualquier peticion de la deuda, aunque hubiese sido extrajudicial, *l.* 10. *tit.* 11. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* III. La que tienen los Letrados, Procuradores y Solicitadores para pedir sus salarios, no habiéndose contestado sobre ello, antes que hayan pasado los tres años, *ley* 9. *d. tit.* la qual manda ademas, que no pueda renunciarse su contenido; y que si se renunciare, no lo impida la renuncia.

12 La accion de un comunero de alguna herencia ó qualquiera otra cosa, para que se divida y se le dé su parte, no puede prescribirla el otro comunero que la poseyere entera sin dividir por tiempo alguno, *l.* 2. *tit.* 8. *lib.* 11. *de la Nov. Rec.* que asi lo establece sin señalar la razon. Creemos puede serlo el que posee á nombre de todos los comuneros el que asi posee, y por lo mismo no puede perjudicar á los otros con su posesion, que tambien es de ellos.

13 Pusimos arriba al *n.* 6 la definicion de la posesion, y de ellas se infiere, que no pueden poseer propiamente las servidumbres ni otras cosas incorporales; mas usan-

do de ellas aquel á quien pertenece su uso, y consintiéndolo aquel en cuya heredad lo ha, es como manera de posesion, *l.* 1. *tit.* 30. *P.* 3. en cuya *glosa* 4. añade Greg. Lop. llamarse esta *quasi posesion*, y que tambien se comprehende baxo la palabra *posesion*. Se divide la posesion en natural y civil. Es natural la que uno tiene corporalmente por sí mismo, como quando uno está en su casa ó heredad, civil quando sale de la casa ó heredad no con ánimo de desampararla, sino porque no puede estar siempre en ella, y vale tanto como la otra, *l.* 2. *d. tit.* 30.

14 Todo hombre sano de entendimiento puede ganar ó adquirir la posesion por sí mismo, por su hijo que tenga en su potestad, ó por su personero ó procurador que se apoderen de la cosa á nombre de su padre ó principal. Y aun el hijo, si la gana á nombre suyo, la adquirirá para su padre, á excepcion de lo perteneciente al peculio castrense, ó quasi castrense, por razon del usufructo que le compete, *l.* 3. *d. tit.* 30. Y asimismo la pueden ganar los tutores y curadores para los huérfanos ó locos, que tuvieren en guarda; y tambien el Oficial ó Síndico del comun de alguna Ciudad, para dicho comun, como si todos comunalmente se hubiesen apoderado de la cosa, *l.* 4. *d. tit.* 30.

15 Para adquirir la posesion se requieren dos cosas. La una voluntad ó intencion de ganarla; y la otra entrar corporalmente en ella por sí mismo, ú otro en su nombre; de suerte que no se puede adquirir faltando una de las dos. Pero debemos advertir, que la segunda se puede verificar, y basta suceda por tradicion fingida ó presunta en los mismos términos que hemos explicado en el *título antecedente* al *n.* 20. tratando de la adquisicion del dominio. De ello nos traen algunos exemplos las *leyes* 6. 7. 8. *y* 9 *de d. tit.* 30. y el de *la* 6. tiene la singularidad de ser sin tradicion de símbolo ó nota, y sin ficcion de breve mano, adquiriéndose por sola la vista de la cosa, á voluntad del que la enagena, representándo-

se con esto la verdadera tradicion: cuyo modo de adquirir es tambien extensivo al dominio, *junt. d. l.* 6. con la 47. *tit.* 28. *P.* 3. (1). Los arrendadores no ganan la posesion de la cosa que toman en arrendamiento, porque es de los dueños á cuyo nombre la tienen; y por ello nunca pueden adquirir por este medio el dominio, *l.* 22. *tit.* 29. *l.* 5. *tit.* 30. *P.* 3. *l.* 1. *tit.* 8. *lib.* 11. *de la Nov. Rec.* Y lo mismo debe decirse de los comodatarios, depositarios y otros semejantes (2). Ni tampoco ganan la verdadera posesion los que entran por fuerza en la cosa, ó la roban, por no ser derecha su tenencia, como debe serlo, segun hemos manifestado arriba al *n.* 6. *l.* 10. *d. tit.* 30. Aquella es derecha, que procede de título que por su naturaleza sea translativa de dominio, *l.* 11. *d. tit.* 30. Pero el feudatario de algun heredamiento, el que tenga su usufructo, ó el que le tenga á censo, si se apoderan de él, ganan su posesion, *l.* 5. *d. tit.* 30. Pero advierte Gregor. Lop. en la *glosa* 2. *de la misma* deber esto entenderse de la posesion natural, porque en la civil estan el propietario y el dueño directo.

16 Vistos los modos de adquirir la posesion, veamos quales son aquellos por qué se pierde. Trata de ellos la *ley* 17. *d. tit.* 30. diciendo, que solas son tres las maneras ó modos de perderse la posesion de los bienes raices: I. Si echan de la cosa raiz al poseedor por fuerza. II. Si la entra otro alguno no estando él delante, y quando viene despues no le recibe dentro en ella. III. Quando oye que alguno entró la cosa de que él era tenedor, y no quiere ir allá, porque sospecha que no le querrán dexar en ella, ó le echarán de alli por fuerza si entrase. De las cosas muebles dice, que puede uno perder su posesion, aunque no lo sepa al tiempo que la pierde, como sucederia si se la hurtasen (3). Pero debemos advertir, que el referir *esta ley* taxâtivamente los tres modos de perder al-

(1) *L.* 1. §. *pen. l.* 18. §. 2. *de adq. v. am. pos.* (2) *L.* 8. *commod. v. cont.* (3) *L.* 15. *de adq. v. am. pos.*

guno la posesion de las cosas raices, alli: *Non pierde la tenencia de ella, si non por una de estas tres maneras*, es porque solo quiso hablar de los modos por los quales la pierde con fuerza que se le hace ó teme; porque segun otras leyes que vamos á citar, la puede perder por otros medios, como se sigue.

17 Perdemos tambien la posesion de nuestras cosas raices, si el rio en sus avenidas, ó el mar en su acrecimiento las cubriese del todo, de manera que ni nosotros ni otro alguno pudiese fincar en su tenencia, *l.* 14. *d. tit.* 30. Y adviértase, que segun la *ley* 32. *tit.* 28. *d. P.* 3. esta doctrina tiene solamente lugar mientras las tierras se hallaren cubiertas de agua; pues luego que fueren descubiertas, usarémos de ellas, como antes lo haciamos. Y asimismo la perdemos, si nuestros arrendadores metiesen á otro en la tenencia de la cosa que les hubiésemos dado en arriendo, con la intencion de que la perdiésemos ó los echasen de ella por fuerza. Pero si los tales arrendadores la desamparasen, aunque fuese maliciosamente, para que otro se apoderase de ella, no la perderiamos, *l.* 13. *d. tit.* 30. Y en quanto á las cosas muebles, perdemos tambien la posesion de aquellas que cayesen en el mar ó algun rio, *d. l.* 14., lo que debe entenderse quando hubiesen caido de tal suerte, que no fuese fácil su recobro, como tambien sucede en la huida de las bestias bravas que habiamos cogido, con la diferencia, que en este último caso perdemos tambien el dominio, y en el otro lo conservamos, pudiendo demandar la cosa á qualquiera que la hallare, *d. l.* 14. *l.* 18. *d. tit.* 30. *l.* 19. *tit.* 28. *d. P.* 3. (1). Y que se pierde tambien la posesion desamparando el que la tenia la cosa, con ánimo de no tenerla, *l.* 12. *d. tit.* 30., es cosa clara. Podriamos tratar aqui de las acciones ó juicios que llaman interdictos, por ser todo su objeto la posesion; pero nos parece mejor dexarlo para despues del título general de los juicios.

(1) §. 12. *Inst. de rer. div.*

TITULO III.

DE LAS SERVIDUMBRES REALES Y PERSONALES.

Tit. 31. P. 3. (1).

1. *Qué sea servidumbre real ó predial, y cómo se dividen las que son de esta especie en urbanas y rústicas.*
2. *Se refieren las especies de servidumbres urbanas.*
3. 4. *Se refieren las servidumbres rústicas.*
5. *Solo los dueños de los predios pueden imponer ó adquirir servidumbres.*
6. *La servidumbre es qualidad inseparable del predio que la debe, y á qué se debe.*
7. 8. *Modos de adquirirse las servidumbres.*
9. 10. *Modos de perderse.*
11. 12. *Del usufructo.*
13. *Del uso y de la habitacion.*

1 Como las servidumbres son un derecho real tan semejante al dominio, como hemos manifestado en el *título* 1. *de este lib. n.* 10., pareció á los Componedores del *Libro de las Partidas* tratar de las servidumbres en el *título* 31. *de la Partida* 3., despues de haber tratado en los *dos antecedentes* del dominio, y de la posesion de las cosas corporales. Servidumbre es: *Derecho y uso que tienen los hombres en los edificios ó heredades agenas para servirse de ellas en utilidad de las suyas.* Y adviértase llamarse derecho respecto del dueño á quien se debe. Es de dos maneras. La una es aquella que ha una casa en otra,

(1) *Tit.* 3. 4. *et* 5. *lib.* 2. *Inst.*

y se llama *urbana*; y la otra que ha una heredad en otra, y se dice *rustica*. Las que son de este género se llaman reales, porque dicen respeto, y se constituyen para beneficio ó utilidad de las cosas: á diferencia de otras llamadas personales, por el motivo de que solo se dirigen á la utilidad de la persona sin señalamiento, respeto ni beneficio de sus cosas, como son el uso y el usufructo, *l.* 1. *tit.* 31. *P.* 3. que luego explicarémos. Estas se expresan siempre con el nombre específico que tienen; de suerte que quando se pone el nombre general *servidumbre*, sin añadidura alguna, se entiende de las reales, que tambien suelen llamarse prediales, por deberse á los predios, esto es, á las personas á beneficio de sus predios; y para su constitucion debe haber dos predios, uno dominante, por cuyo respeto y beneficio se constituye; y otro sirviente, que sufre la carga. Y solos los dueños de estos predios pueden constituirlas, á excepcion de los juicios divisorios en que las puede constituir el Juez (1).

2 Servidumbres urbanas, que como acabamos de decir, son las que ha una casa ó edificio en otro, son de varias especies ó clases, esto es, se constituyen para diferentes fines que se refieren en la *l.* 2. *de d. tit.* 31. (2), y son: I. El derecho de que la casa del vecino haya de sufrir la carga de ponerse en ella un pilar ó coluna sobre que pueda yo edificar en la mia. II. El derecho de agujerear la pared del vecino, para meter alli una viga en beneficio de mi casa. III. El mismo derecho para poner una ventana, que dé luz á mi casa. IV. El derecho de echar el agua que cae sobre mis tejados á la casa de mi vecino por canal, caño, ó de otra manera. V. El derecho de poder prohibir á mi vecino que levante mas su casa, quitando la vista y la luz de la mia, ó pudiéndomela registrar. VI. El derecho de entrar en mi casa ó corral por la casa ó corral de mi vecino. Las leyes Romanas llamaron á la I. de estas servidumbres *oneris ferendis*, á la

(1) §. 1. *Inst. de serv. rust. et urb. præd.* (2) *D.* §. 1.

II. *tigni immitendi*, á la III. *luminum*, á la IV. *stillicidii, vel fluminis avertendi*, á la V. *altius non tollendi* (1), y la VI. no la estableciéron formalmente. Sus Intérpretes dixeron haber entre la I. y la II. la diferencia de que en esta no debe reparar el dueño del predio sirviente la pared que sostiene la viga, y que lo contrario sucede en la otra en quanto al pilar ó coluna: cuya diferencia adopta Gregor. Lop. en la *glosa* 2. *de d. ley* 2. diciendo ser de mucha utilidad. Las mismas leyes reconociéron otras servidumbres menos freqüentes; y tambien manifiesta haberlas nuestra citada *ley* 2. diciendo al fin despues de haber referido las expresadas: O *alguna otra semejante de estas que sea a pro de los edificios.*

3 Rústica servidumbre es, segun diximos, aquella que ha una heredad ó campo en otra, y son tambien muchas sus especies; las mas freqüentes las que se siguen (2): I. Senda, esto es, derecho de pasar por la heredad de otro, yendo á la mia á pie ó cabalgando, solo ó con otros, de manera que vaya uno detras del otro, y no en par. II. Carrera, que es derecho de llevar carretas ó bestias cargadas á mano, cuyas cosas no puede llevar el que tiene senda. III. Via, esto es, derecho de ir por heredad agena á la nuestra, á pie ó cabalgando, solo ó acompañado, y llevar carretas ó piedras ó madera arrastrando, y todas las otras que fueren menester para la utilidad de nuestra heredad. Debe tener la anchura en que las partes hubieren convenido, y sino la señalaron, la de ocho pies en lo derecho ó recto, y diez y seis donde tuviere alguna tortura, *l.* 3. *d. tit.* 31. *P.* 3. (3).

4 IV. La que los Romanos llamaron *aquæductus*, esto es, derecho de llevar agua por heredad de otro, para nuestros molinos, ó regar nuestras tierras. Y es obligacion del dueño del predio dominante guardar y mantener el cauce, azequia ó canal por donde corre el agua,

(1) *L.* 23. §. 3. *fam. ersc. l.* 18. *com. div.* (2) *Princ. eod.*
(3) *L.* 8. *de serv. rust. præd.*

de manera que no pueda ensanchar, alzar ni abaxar, ni hacer daño á aquel por cuya heredad pasare, *l.* 4. *d. tit.* 31. Pero si este mismo dueño tuviese el derecho de llevar el agua de fuente que naciere en heredad agena, no podrá el amo de esta conceder á otro el mismo derecho sin consentimiento de aquel, sino es que fuese tanta el agua, que abundare para las heredades de ambos, *l.* 5. *d. tit.* 31. (1). V. El derecho de sacar yo agua de la fuente ó pozo de otro para beber yo, mis labradores, bestias y ganados; y teniendo conseguido este derecho, le tengo tambien para entrar y salir en la heredad en que está el agua, siempre que me fuere menester. VI. El derecho de meter mis bueyes ú otras bestias con que labro mi heredad en prado ó dehesa, *l.* 6. *d. tit.* 31. VII. El derecho de sacar yo tierra, arena, ó hacer cal en heredad de otro, para hacer casa en la mia, ó tinajas para guardar en ella el aceyte que recojo en la misma, *l.* 7. *d. tit.* 31. (2).

5 Solos los que son dueños de alguna heredad pueden imponer servidumbre sobre ella, *l.* 9. *l.* 13. *d. tit.* 31. (3), reputándose tambien por dueños los enfiteutas, que solo tienen el dominio útil, *l.* 11. *d. tit.* 31. Y si la heredad fuese comun de muchos, todos la deben otorgar quando la ponen. Y si por ventura la otorgasen unos, y otros no, no pueden resistir su uso aquellos que la otorgáron. Pero los que no la quisieron otorgar, bien la pueden contradecir cada uno de ellos, tambien por su parte, como por la de los otros: mas si despues consintiesen todos los que lo habian contradicho, valdria como si al principio la hubiesen otorgado todos, *l.* 10. *d. tit.* 31. (4). Y lo mismo debe decirse en quanto al predio dominante (5). Y adviértase, que las servidumbres son individuas, esto es, no se pueden dividir, ni entre los herederos del dueño del predio dominante, ni en los del sirviente, que posean el predio; y de con-

(1) *L.* 2. §. 2. *de serv. rust. præd.* (2) §. 2. *Inst. eod.* (3) §. 3. *eod.*
(4) *L.* 11. *de serv. præd. rust.* (5) *D.* §. 3.

siguiente se debe entera á cada uno de aquellos, y por cada uno de estos, *l.* 9. *l.* 18. *d. tit.* 31.

6 La servidumbre es una qualidad tan inherente ó afixa á las cosas á que dice respecto, ó bien considerada pasivamente en quanto es carga, ó activamente en cuanto es derecho, que no se pierde por mudar de dueño el predio sirviente ó el dominante, sí que pasa al nuevo poseedor, *l.* 8. *l.* 12. *d. tit.* 31. No podrá pues enagenarla el dueño de la heredad á quien se debe, sin enagenar la misma heredad. Pero aquel á quien se debe servidumbre de llevar agua para regar su heredad, bien puede conceder el agua que ya tuviere en su campo á otro, para que este riegue la suya, *d. l.* 12. y es la razon, porque este no concede la servidumbre, que consiste en el derecho de llevar el agua por la heredad agena, sino el agua ya llevada, en lo que no se perjudica ni grava al dueño del predio sirviente.

7 Tres son las maneras de constituirse las servidumbres expresadas en la *l.* 14. *d. tit.* 31. I. Por contrato ó concesion entre vivos. II. Por testamento ó última voluntad. III. Por el uso. De la I. y II. qualquiera puede formarse los exemplos; y en quanto á la III. debe advertirse, que el uso ha de ser continuo, con ciencia del dueño del predio sirviente, con buena fe, y no por fuerza ni por ruego; y que en el tiempo hay diferencia entre las servidumbres que llaman continuas y las descontinuas; porque las primeras se constituyen ó adquieren por diez años entre presentes, y veinte entre ausentes; y las descontinuas por el inmemorial, *l.* 15. *de d. tit.* 31., y allí Greg. Lop. en su *glo.* 3.; el qual añade en la *glos.* 12. la limitacion de no deber entenderse esta doctrina quando el que prescribe tiene justo título por algun tercero, probando bien con leyes Romanas, é intérpretes de ellas, que entonces bastará el tiempo largo ú ordinario de 10. ó 20. años y lo mismo advierte Ant. Gom. como cosa muy singular y cuotidiana, *l.* 2. *cap.* 15. *n.* 27. *variar. vers. Advertendum.* Continuas decimos ser

aquellas de que usamos cada dia, como se explica *d. ley* 15., poniendo por exemplos las cinco primeras que referimos en la clase de urbanas, arriba *n.* 2. Y descontinuas, por lo contrario las de que no usamos cada dia, de las que pone tambien exemplos en las tres primeras que contamos entre las rústicas en el *n.* 3., y lo son asimismo las tres últimas que hemos explicado al *n.* 4. La de llevar agua para regar nuestra heredad la pone la *misma ley* 15. en su primera parte entre las continuas, y en la segunda entre las descontinuas; pero ella misma allana esta dificultad, pues hablando en esta segunda parte del agua que viene una vez en la semana, en el mes ó en el año, y no cada dia, da á entender manifiestamente, que en la primera habló de la que cada dia viene ó usamos. Y advertimos con Antonio Gomez, 2. *var. cap.* 15. *n.* 27. *vers. Item*, que el tiempo para prescribir las servidumbres continuas, si son afirmativas, como la I. y II. de las urbanas, arriba *n.* 2., se empieza á contar desde el dia en que se empieza su uso: pero en las negativas, qual es la V. de las mismas urbanas, desde que el prescribiente prohibe al otro usar de la libertad. Si posees pues enfrente de mi casa una área ó solar que siempre lo ha sido, no tendré derecho de prohibirte que edifiques y levantes tu edificio, sino es que habiéndolo querido hacer te lo impedí, y desde entonces hubiesen pasado 10. ó 20. años.

8 En el modo de adquirir la servidumbre por el uso que acabamos de referir, la ciencia y paciencia del dueño del predio sirviente sirve de justo título y de tradicion; y baxo de este supuesto de ocupacion de la posesion, el uso del dominante. Por ello advierte con razon Antonio Gomez *d. cap.* 15. *n.* 27. *vers. Servitus*, que quien quiera aprovecharse de esta adquisicion, debe ser cauto en alegar y probar la ciencia y paciencia del otro, ademas de su uso y exercicio, y el tiempo necesario. Y añade alli mismo, que si el prescribiente apoyase su uso en titulo justo, bastaria su buena fé con el lapso del

tiempo legal, sin ser necesaria la ciencia del dueño, y lo mismo dice por via de limitacion Greg. Lop. en la *glosa* 3. *de d. l.* 15., como sucederia si creyéndote yo dueño de un campo, sin serlo, te comprase una servidumbre sobre él á favor ó utilidad de otro mio, en cuyo caso la adquirian por el uso aunque lo ignorase su verdadero dueño. Este modo último de adquirir servidumbres por el uso, lo establecieron y fundaron muy bien las leyes Romanas (1). Se ha omitido en las nuestras; pero vemos con gusto que le adoptan Antonio Gomez y Greg. Lop. en los lugares citados; y es muy conforme á lo que establecen de la prescripcion de las cosas corporales las *leyes* 6. 9. *y* 18. *tit.* 29. *P.* 3. como hemos notado en el *título antecedente num.* 3.

9 Son tambien varios los modos de perderse ó extinguirse las servidumbres: I. Por la confusion de los dominios, esto es, si el dueño del predio dominante adquiere el dominio del sirviente, ó al contrario; y se extingue de tal manera, que aunque despues vuelvan á separarse los dominios, no se debe la servidumbre, si de nuevo no fuese puesta, *l.* 17. *d. tit.* 31., porque el hombre no usa de sus cosas en manera de servidumbre, ó como suele decirse á ninguno sirve su cosa, *l.* 13. *d. tit.* 31. II. Por la remision ó condonacion de la servidumbre, que hace el dueño del campo á que se debe, *d. l.* 17. Y no es menester que la remision sea expresa, bastará que sea tácita, como si el dueño de la servidumbre permitiese al deudor, que hiciere alguna cosa que impedia su uso, *l.* 19. *d. tit.* 31. (2).

10 III. Se pierden tambien por el no uso de veinte años sin diferencia de presentes y ausentes las descontinuas, y de tiempo inmemorial las continuas; de suerte que al paso que estas necesitan de mas tiempo para perderse que las dos continuas, sucede lo contrario para adquirirse, trocándose los tiempos, *l.* 16. *d. tit.* 31. Pe-

(1) *L. ult. C. in fin. de præsc. long. temp.* (2) *L. 8. puem. serv. am.*

tambien con la propiedad; pues aunque puede vender, arrendar ó dar á otro la percepcion de los frutos; pero no el mismo derecho que él tiene, *d. l.* 24. *l.* 3. *tit.* 8. *P.* 5. Los Intérpretes para explicar esto con mas claridad, distinguen dos derechos en el fructuario. El uno real ó de comodidad consistente en que nadie le puede impedir la percepcion de frutos; y otro personal inherente á su persona: de los quales puede enagenar, como quisiere, el primero, cuya duracion pende del segundo; pero si intenta enagenar este, siempre se extingue y va á unirse con la propiedad. Quemándose toda la casa, ó derribándose por terremoto, ó de otra manera, se extingue tambien su usufructo, *l.* 25. *d. tit.* 31. (1). Y si fuere dexado á alguna Ciudad ó Villa, sin expresion de tiempo, dura cien años (2), y pasados ellos se acaba, y se une á la propiedad, como tambien si durante este tiempo se despoblase del todo, labrándose ó quedando yermo su sitio. Pero si todos sus antiguos moradores ó alguna parte de ellos poblasen despues juntos otro Lugar, les quedaria salvo el derecho que habian en aquel usufructo, *l.* 26. *d. tit.* 31. El legal que tiene el padre en los bienes adventicios del hijo, se acaba por el casamiento de este: pero no el que tiene el padre ó la madre en los bienes que debe reservar para su hijo del primer matrimonio, como manifestamos en el *lib.* 2. *tit.* 7. *n* 16.

13 La segunda especie de servidumbres personales, llamada uso, es: *Derecho de usar de cosa agena fructífera, aprovechándose de solos aquellos frutos que necesita para sí, su familia ó dispensa.* Tiene lugar en él quanto hemos dicho del usufructo, á excepcion de las diferencias siguientes: I. Que al usuario no pertenecen todos los frutos como al fructuario, sino solamente los que necesita para su familia: y de ahí es, que nada de ellos puede tomar para dar ni vender, *d. l.* 20. *tit.* 31. (3); y de consiguiente si muriere teniendo algunos percibidos

(1) §. 1. *Inst. de usu et habit.* (2) §. 3. *eod.* (3) *L.* 18. *eod.*

y no consumidos, no serian de su heredero, sino del propietario. II. Que el usuario de bestias puede usar de ellas para sus labores, ú otro su servicio solamente; pero no las puede alquilar ó prestar á otro, *l.* 21. *d. tit.* 31. (1). III. Que el usuario no debe pagar las expensas del reparo de la casa ó cultivo de la heredad, ni los tributos ó pechos sobre ella impuestos, sino es que diese tan cortos frutos, que todos fuesen del mismo usuario (2). La tercera servidumbre personal se llama habitacion ó morada, es: *Derecho de habitar en casa agena con la compañía que tuviere.* Solo en dos cosas se diferencia del uso de la casa, y son, que la puede arrendar ó alquilar á otro, con tal que sea á personas que hagan buena vecindad; y que no se extingue sino por la muerte ó remision. Si se dexa para tiempo determinado, claro está, que se acaba pasado este, *l.* 27. *d. tit.* 31.

TITULO IV.

DE LOS TESTAMENTOS.

Tit. 1. Partida 6. y tit. 18. lib. 10. de la Nov. Rec. (3).

1. *Qué es herencia, y de qué partes consta su adquisicion.*
2. *Qué cosa sea testamento, y su division en abierto y cerrado.*
3. *Solemnidades que deben observarse en el testamento abierto ó nuncupativo.*
4. *Solemnidades del testamento cerrado ó escrito, del testamento del ciego, y de los codicilos.*
5. *Advertencias utiles sobre las solemnidades de los testamentos.*

(1) *L.* 5. §. 2. *quib. mod. ususf. v. us. amit.* (2) *L.* 56. *de ususf. et quemad.* (3) *Tit.* 10. *lib.* 2. *Inst.*

6. *Otras divisiones de testamentos.*
7. *Los que no pueden ser testigos en ningun testamento.*
8. *Quiénes son los que solo estan prohibidos de ser testigos en algunos testamentos, y de los legatarios.*
9. *Quiénes tienen prohibicion de testar.*
10. 11. 12. 13. *Se puede dar á otro poder testar, y lo que hay que advertir sobre el comisario.*
14. *Qué cosas deben observarse para las aberturas de los testamentos cerrados.*

1 Los modos de adquirir, de que hasta aqui hemos tratado, son singulares, esto es, destinados por su naturaleza á la adquisicion de cosas singulares ó particulares. Vamos ahora á tratar de los universales, por los quales se adquiere de un golpe, y por un solo acto una universalidad de bienes, qual es la herencia, que no es otra cosa, que: *Universal patrimonio de alguno con sus cargas.* Su adquisicion consta de dos partes, delacion, y suscepcion ó admision. La delacion es el título para adquirirla, y la admision el modo; y por ello ninguno puede adquirir herencia, sin que primero se le defiera, esto es, se le deba por ser llamado á ella. Se defiere por testamento, y faltando este ab intestato, *princ. y l.* 3. *tit.* 13. *P.* 6. (1).

2 Testamento, dice la *ley* 1. *tit.* 1. *d. P.* 6. *es una de las cosas del mundo en que mas deben las omes haber cordura, quando lo facen, por dos razones. La una porque en ellos muestran qual es su postrimera voluntad. E la otra porque despues que los han fecho si murieren, no pueden tornar otra vez á enderezarlos*: y no es otra cosa, que: *Voluntad ordenada en que uno establece su heredero, o departe lo suyo en aquella manera que quiere quede lo suyo despues de su muerte, l.* 2. *d. tit.* 1. Son dos sus especies. Los de la una se llaman *nuncupativos ó abiertos,*

(1) *L. 1. cum duab. seqq. de her. pet.*

y los de la otra, *escritos ó cerrados*, *d. l.* 1. *l.* 1. *y* 2. *tit.* 18. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* (1). Cada qual requiere sus solemnidades, que copiaremos de *estas leyes* 1. *y* 2. que las establecen, variando en parte las que habian establecido las *leyes* 2. *y* 3. *P.* 6.

3 Si el nuncupativo ó abierto se ordenare con Escribano público, deben ser presentes á verlo otorgar tres testigos á lo menos, vecinos del Lugar donde el testamento se hiciere; y si se hiciere sin Escribano público, ha de haber á lo menos cinco testigos, vecinos segun dicho es, si fuere Lugar donde los pudiere haber; y sino pudieren ser habidos cinco testigos ni Escribano en el dicho Lugar, á lo menos han de ser presentes tres testigos, vecinos del tal Lugar; pero si el testamento fuere hecho ante siete testigos, aunque no sean vecinos, ni pase ante Escribano, teniendo las otras calidades que el derecho requiere, vale el tal testamento, *d. l.* 1. *tit.* 18. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* la qual manda valga tambien en quanto á las mandas y otras cosas que contiene, aunque el testador no haya hecho heredero alguno, y entonces herede aquel, que segun derecho y costumbre de la tierra habia de heredar en caso que el testador no hiciera testamento, y que se cumpla el testamento: Y que lo mismo suceda si el testador instituyere heredero en el testamento, y este no quisiere heredar. Y ordena últimamente, que si el testador nombrase á alguno por heredero, ó le legare ó mandare alguna cosa para que la dé á otro á quien substituyere en la herencia ó manda, y el tal heredero ó legatario no quisiere aceptar, el substituto ó substitutos lo puedan hacer todo. Segun esta *famosa ley*, para que valga en nuestra España el testamento, no es necesario que contenga institucion de heredero, ni que en el caso de haberla, ada ó admita este la herencia: cuya proposicion en el derecho Romano, fundado en este particular en escrupulosidades, era un desatino de primera clase.

(1) §. 14. *Inst. de test. ord.*

4 En el testamento cerrado, llamado en latin *in scriptis*, manda la *ley* 2. *tit.* 18. 2. *de d. tit.* 18. que intervengan á lo ménos siete testigos con un Escribano, los quales hayan de firmar encima de la escritura del testamento, ellos y el testador, si supieren y pudieren firmar; y sino supieren, y el testador no pudiere firmar, que los unos firmen por los otros, de manera que sean ocho firmas, y mas el signo del Escribano: Y que en el testamento del ciego intervengan cinco testigos á lo menos; y en los codicilos intervenga la misma solemnidad que en el testamento nuncupativo ó abierto: los quales dichos testamentos y codicilos, sino tuvieren la dicha solemnidad de testigos, no hagan fe ni prueba en juicio ni fuera de él.

5 Nos ha parecido copiar á la letra estas dos célebres *leyes* 1. *y* 2. *tit.* 18. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* por lo muy interesantes que son. Y para la mas completa explicacion de su preciosa doctrina, y satisfaccion de las dudas que sobre ella pueden suscitarse, nos parece del caso tener presentes las advertencias que se siguen. I. Que no solo en los testamentos abiertos, sino tambien en los cerrados, que hacen los padres entre sus hijos ó descendientes legítimos, deben observarse las mismas solemnidades que en los que testan entre extraños, establecidas en *dichas leyes*; y lo mismo ha de guardarse en los que se otorgaren en tiempo de peste, como prueba Gomez en la *ley* 3. *de Toro* (es *d. l.* 2.) *n.* 48. II. Que la disposicion de *d. l.* 2. en quanto dice, que en los codicilos debe intervenir la misma solemnidad que en el testamento abierto, ha de entenderse en los codicilos abiertos ó nuncupativos, pero no en los que se otorgaren cerrados; porque en estos deben necesariamente intervenir cinco testigos con sus firmas como lo estableció la *ley* 3. *tit.* 12. *P.* 6., y lo prueba lata y fundadamente Gregor. Lopez en su *glosa* 2., y lo mismo siente Gom. en *d. l.* 3. *de Toro* *n.* 69. III. Que asimismo, lo que dice del testamento del ciego *d. l.* 2., se entiende del abierto, como que este no

lo puede otorgar cerrado, como lo enseñan Gregorio Lop. en *d. glosa* 2. Gomez en *d. l.* 3. *n.* 51. y Azeved. en *d. l.* 2. *n.* 25. IV. Que nos parece bien, por las buenas razones en que se funda, la opinion del mismo Azeved. en *d. l.* 2. *n.* 25. *y siguientes*, de ser necesario intervenga Escribano en el testamento del ciego; pero no que sean vecinos del Lugar los testigos; aunque Antonio Gom. en *d. l.* 3. *n.* 52. se esfuerza en probar no ser tampoco necesaria la asistencia del Escribano. V. Que ni en el testamento abierto ni en el cerrado es necesario que los testigos sean rogados; porque *dichas leyes* 1. *y* 2., que expresan las solemnidades que deben observarse en uno y otro, no hacen mencion de esta, que era la mas escrupulosa de todas. Asi lo prueba Antonio Gomez en dicha *ley* 3. *de Toro n.* 29. cuyas razones nos parecen mucho mas sólidas, que las que alega por la contraria, que defiende Azevedo en *d. l.* 1. *n.* 48. *y siguientes*, y en *d. l.* 2. *n.* 5. VI. Que en nuestras *Instituciones Romano-Hispanas lib.* 2. *tit.* 10. §. 14. *n.* 6. rechazamos con razones, al parecer de mucho peso, la opinion de Antonio Gomez en *d. l.* 3. *n.* 47. de que bastarán tres testigos para el testamento abierto, aunque no interviniere Escribano, pudiendo haberle; y en el *n.* 7. la del Señor Covar., que en el *cap.* 10. *de testament. n.* 3. pretende probar, que bastan dos testigos con el Escribano, si en el Lugar no se pueden encontrar mas con facilidad.

6 Que ademas de la division referida de testamentos en abiertos y cerrados, que es la mas freqüente, hay otras dos. La una en pagánicos y militares; y la otra en los que se otorgan con fe privada, y los otorgados con fe pública. *Pagánicos* se llaman los de los paysanos. En ellos se deben observar todas las solemnidades establecidas en dichas *leyes* 1. *y* 2. *tit.* 18. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* segun fueren abiertos ó cerrados. *Militares* son llamados los que hacen los Soldados (Las leyes de las Partidas les suelen apellidar *Caballeros*) estando en hueste, en cuyo caso, y no en otro, les hacia exêntos de toda

solemnidad la *ley* 4. *tit.* 1. *P.* 6., imitando en esto las leyes Romanas (1); de suerte, que segun ella pueden testar como quisieren y pudieren, de palabra ó por escrito, bastando para la prueba dos testigos llamados y rogados. Y sino estaban en la hueste, debian testar como los paysanos. Pero en las *Ordenanzas generales del exército*, *artículo* 4. *tratad.* 8. *tit.* 11., y despues mas completamente en *cédula de* 24 *de Octubre del año* 1778. *que es la ley* 8. *tit.* 18. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* declara y manda el Rey, que todos los que gozan del fuero de guerra puedan testar sin limitacion alguna, de qualquier modo en que conste su voluntad. Y en quanto á la otra division solo hay que advertir, decirse testamento con fe pública el que se hiciere delante del Rey, en cuyo caso rarísimo valdria, aunque no hubiese otro testigo sino el Rey, *l.* 5. *d. tit.* 1. *P.* 6. El otro hecho con fe privada, es el que ordinariamente se hace.

7 Visto el número de testigos necesario en los testamentos, y quando deban ser vecinos del Lugar del otorgamiento, hemos de ver quienes pueden serlo. A cuya pregunta se suele responder, que lo pueden ser todos aquellos que no estan prohibidos que lo sean. Refiriendo pues los que lo estan, sabremos que podrán serlo todos los demas. Los cuenta la *ley* 9. *de d. tit.* 1. segun se sigue. I. Los condenados por canciones injuriosas, libelos ó pasquines con intencion de infamar, por hurto, homicidio, ú otro delito semejante á estos, ó mas grave. II. Los Apóstatas, que habiendo dexado nuestra religion Católica, pasáron á ser Moros ó Judíos, aunque volviesen despues á la nuestra. III. Las mugeres. IV. Los menores de 14. años. V. Los esclavos, VI. Los mudos. VII. Los sordos. VIII. Los locos, mientras estuviesen en la locura. IX. Los pródigos (2). En los del n. I. juzga Gregor. Lop. en la *glosa* 2. *de d. l.* 9., que se comprehenden todos los infames con infamia de derecho, de los

(1) *Princ. Inst. de milit. testam.* (2) *§. 6. Inst. de test. ordin.*

que hablaremos en el *lib.* 2. *tit.* 27. Y en los del n. V. añade la misma *ley* 9. al vers. *Pero*, que si algun esclavo andaba ó estaba reputado por libre en aquella sazon, esto es, al tiempo del otorgamiento del testamento, valdria el testamento, aunque despues se averiguase ser esclavo (1).

8 Los testigos inhábiles que acabamos de referir, lo son para todos los testamentos, por ser su inhabilidad absoluta y general; pero hay otra respectiva ó particular, que solo obra en algunos testamentos, siendo los que la tienen hábiles ó idóneos para los otros. De esta clase son los hijos para los testamentos de sus ascendientes, y estos para los de sus descendientes, *l.* 14. *tit.* 16. *P.* 3., que solo exceptúa de esta regla los testamentos militares. Y á la misma clase pertenece el heredero, y todos sus parientes hasta el quarto grado, en el testamento en que fuere instituido, *l.* 11. *d. tit.* 1. *P.* 6. Pero los legatarios ó fideicomisarios particulares no tienen inhabilidad alguna para ser testigos en los testamentos en que se les dexan las mandas, *d. l.* 11. (2). Los demas pertenecientes á testigos en pleytos y contratos, lo trataremos quando hablemos de pruebas en los juicios.

9 Testar pueden todos los que no tienen prohibicion, *l.* 13. *d. tit.* 1. *P.* 6. Estan prohibidos los siguientes. I. Los menores de 14. años si son varones, y de 12. si son hembras, á quienes con un nombre comun llamamos impúberes (3). II. El desmemoriado, por cuyo nombre entienden las leyes de la Partida al loco ó mentecato (4). III. El desgastador ó pródigo (5). IV. Los mudos ó sordos que no saben escribir ni pueden hablar, quales son los que lo padecen desde su nacencia; pero el que lo fuere por enfermedad ú otra ocasion, si sabe escribir podrá hacer testamento, escribiéndolo por su mano misma. *d. l.* 13. V. Los Religiosos profesos, *l.* 17. *d. tit.* 1. y en su *glos.* 1.

(1) §. 7. *eod.* (2) §. 3. *eod.* (3) §. 1. *Inst. quib. non est. perm.* (4) *D.* §. 1. (5) §. 2. *eod.*

Greg. Lop. Segun las leyes de las *Partidas*, tampoco podian testar los condenados á muerte ó deportacion, ni los hijos que estan baxo el poder de su padre; pero á los primeros les habilita la *ley* 3 y á los hijos la 4. *tit*. 18. *lib*. 10. *de la Nov. Rec.* bien que de los condenados exceptúa *d. l.* 3. los bienes que por razon del delito fueren confiscados, ó se hubieren de confiscar á favor del Rey ú otro.

10 En España tenemos la singularidad de que la facultad de testar se puede cometer á otro: de cuyo asunto hablan la *ley* 1. *y siguientes del tit.* 19. *d. lib.* Se previene en *d. l.* 1. que el Comisario, en virtud del poder para testar que se le diere, no puede hacer heredero en los bienes del testador, ni mejorias del tercio ni del quinto, ni desheredar á ninguno de los hijos ó descendientes del testador, ni los puede substituir vulgar, pupilar ni exemplarmente, ni hacerles substitucion de qualquier calidad que sea; ni puede dar tutor á ninguno de los hijos ó descendientes del testador; salvo si el que le dió tal poder para hacer testamento, especialmente le dió para hacer alguna cosa de las susodichas en esta manera; el poder para hacer heredero, nombrándolo el que da el poder por su nombre, á quien manda que el Comisario haga heredero; y en quanto á las otras cosas, señalando para qué le da el poder; y en tal caso el Comisario puede hacer lo que especialmente señaló y mandó el que dió el poder, y nada mas.

11 Quando el testador no hizo heredero, ni dió poder al Comisario que lo hiciese por él, ni para hacer alguna de las cosas que hemos expresado en el *n. antecedente*, sino solamente para que por él pueda hacer testamento; puede el Comisario descargar los cargos de conciencia del testador que le dió el poder, pagando sus deudas, cargos de servicio y otras deudas semejantes, y mandar distribuir por el alma del testador la quinta parte de sus bienes, que pagadas las deudas montare; y el remanente se partirá entre los parientes, á quienes tocare heredarle ab intestato; y si parientes tales no tuvie-

re el testador, estará obligado el Comisario, dexando á la muger del que le dió el poder lo que por derecho le corresponde, á disponer de todos los bienes del testador por causas pias y provechosas al alma de este, y no en otra cosa alguna, *l.* 2. *d. tit.* 19. El Comisario debe usar del poder que se le dió dentro de 4. meses, si estuviere en la Ciudad, Villa ó Lugar donde se le dió el poder, al tiempo en que se le dió; y si entonces estaba ausente, pero dentro de los Reynos de España, dentro de 6. meses; y si estuviere fuera de estos, tendrá el término de un año, y no mas. Pasados dichos terminos, que corren tambien contra el Comisario ignorante, irán los bienes del testador comitente á sus herederos ab intestato; salvo si el testador le mandó señalada y determinadamente, señalando la persona del heredero, ó cierta cosa que habia de hacer el tal Comisario, en cuyo caso deberá hacerlo; y si pasado el término no lo hiciere, será habido como si lo hubiese hecho, *l.* 3. *d. tit.* 19. Matienzo en esta *l.* 7. *glosa* 2. *n.* 3. citando á muchas, y Antonio Gomez en la 33. *de Toro* (es la misma *ley* 3.) prueban tener arbitrio el testador para coartar ó alargar dichos términos.

12 Si el Comisario no hizo testamento, ni dispuso de los bienes del testador, irán, segun queda insinuado, los bienes de este á sus herederos ab intestato: los quales no siendo descendientes ó ascendientes legítimos suyos, estarán obligados á disponer de la quinta parte de ellos por el alma del testador; y si no lo cumplieren dentro de un año, contándole desde la muerte del testador, podrá compelerles la Justicia, á peticion de qualquiera del Pueblo, *l.* 13. *tit.* 20. Y en el caso que el testador nombrada y señaladamente hizo heredero, y dió poder á otro para que acabase por él su testamento, no podrá el Comisario disponer mas de la quinta parte de los bienes del testador, despues de pagadas las deudas y cargos de servicio del mismo testador, sino es que este le hubiese dado poder para mas, *l.* 6. *d. tit.* 19.

13 El Comisario no puede revocar el testamento que el testador habia hecho en todo ni en parte, salvo si el testador especialmente le dió poder para ello, *l.* 4. *d. tit.* 19. Ni tampoco el que el mismo hubiese ya hecho en uso de su poder. Ni despues de haber hecho el testamento puede hacer codicilo, aunque sea para causas piadosas, aunque se reserve el poder revocar, añadir, menguar, ó hacer codicilo ó declaracion alguna, *l.* 5. *d. tit.* 19. Si fueren muchos los Comisarios, y muriere alguno, su derecho se refunde en los sobrevivientes, y siempre se está á lo que hiciere la mayor parte; y en el caso de no haberla, se acude á la Justicia para la decision, en los términos que refiere la *ley* 7. *d. tit.* 19. Y para que valga el poder para testar debe estar otorgado con las mismas solemnidades que hemos visto ser necesarias para los testamentos, *l.* 8. *d. tit.* 19.

14 Muerto el testador que hubiese otorgado testamento cerrado, puede pedir ante el Juez, qualquiera á quien se mande algo en él, que se abra, *l.* 1. *l.* 2. *tit.* 2. *P.* 6. y añade Gregor. Lop. en la *glosa* 1. *de d. l.* 1. citando á otros, que tambien puede pedirlo el que tuviese en ello algun interes, aunque nada se le dexe, como el hijo preterido que quisiere probar ser nulo el testamento; y el que lo pide debe jurar primero, que no lo hace maliciosamente, sino por el interes que tiene, *d. l.* 1. (1). Si el testamento estuviese en el Lugar donde se pide que se abra, debe mandar el Juez se lo lleven á su presencia, y que se abra luego. Y si estuviere en otra parte, señalar plazo á los que lo tengan en su poder para que se lo lleven, y mandar abrirle. Y si por ventura el que le tuviese en su poder, fuese rebelde, de manera que no le quisiese mostrar por mandato del Juez, debe pagar al que lo demandase todo quanto le fuese mandado en el testamento, y todo el perjuicio que le hubiese causado por su resistencia, *d. l.* 2. Y debe

(1) *L.* 3. *C. quemad. test. aper.*

ser abierto delante del Juez y los testigos que son escritos en él. Pero antes que el Juez lo mande abrir, debe saber de ellos, si es aquel el testamento en que pusieron sus firmas. Y si la mayor parte dixere ser asi, debe ser abierto ante ellos y leido, aunque no estuviesen persentes todos. Y si los testigos no pudiesen ser habidos por estar todos ó la mayor parte en otras tierras, puede el Juez, si entendiere que la tardanza habia de causar perjuicio á los interesados, hacer venir ante sí á hombres buenos, y abrir el testamento ante ellos (1). Y de esta manera se puede abrir, aunque no estuviese delante ninguno de los testigos ante quienes fue hecho. Pero despues que vinieren los testigos, se les debe enseñar el testamento para que reconozcan sus firmas, y jurando ellos ser aquel testamento el que firmaron, se debe mandar trasladar el testamento en el registro ó protocolo, *l. 3. d. tit. 2.*, la qual en lugar de firmas dice sellos, porque eran necesarios atendido el derecho de las Partidas. Si el testador mandare que no se abra alguna parte del testamento hasta cierto tiempo, deberá hacerse así, *l. 5. l. 6. d. tit. 2.* De los modos de romperse ó rescindirse los testamentos, tratamos en el *título siguiente.*

TITULO V.

DE LA INSTITUCION DE HEREDERO, SUBSTITUCIONES Y DESHEREDACIONES.

Títulos 3. 4. 5. 6. y 7. P. 6. (2).

1. *Qué sea institucion de heredero, y quiénes tienen prohibicion absoluta para ser instituidos herederos.*
2. 3. *Quiénes la tienen respectiva á algunos testadores.*

(1) *L. 7. test. quemad. aper.* (2) *Tit. 13. 14. y 16. lib. 2. Inst.*

1 Aunque segun diximos en el *título antecedente n.* 3. no es necesaria en España la institucion de heredero, para que el testamento valga, debemos confesar ser su parte mas principal, y que es muy raro que no la haya. Instituir heredero es: *Nombrar sucesor á otro, para que muerto el que le nombró, quede dueño de sus bienes ó de alguna partida de ellos, l.* 1. *tit.* 3. *P.* 6. Pueden ser instituidos todos aquellos á quienes no les está prohibido por las leyes, *l.* 2. *d. tit.* 3., por lo que para saber quiénes

puedan serlo, es lo mas expedíto referir los prohibidos, y son: I. Los desterrados para siempre, llamados en latin *deportati*. II. Los condenados á trabajar para siempre en las minas de los metales del Rey; pero á estos se les puede legar. III. Los Hereges y los Apóstatas (1). IV. Las cofradías, cuerpos ó sociedades que se hubiesen formado contra derecho y contra la voluntad del Rey, *l.* 4. *d. tit.* 3. Y adviértase, que aunque *esta ley* no hace mencion de los Moros ni de los Judíos, estan tambien prohibidos, como lo convence la *ley última tit.* 7. *d. P.* 6. *vers. Eso mesmo.* Por la *ley* 4. *de tit.* 3. la muger que casare dentro de un año despues de la muerte de su marido, no podia ser instituida heredera por ningun extraño ni pariente del quarto grado en adelante; pero está corregida por la *l.* 4. *tit.* 2. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.*, que concede licencia á todas las mugeres que puedan casarse con quien quisieren dentro de dicho año, sin incurrir en pena alguna.

2 A los que acabamos de referir ninguno puede instituir herederos, porque su prohibicion de ser instituidos es absoluta; pero hay otros que solo la tienen respectiva, es decir, que todos les pueden instituir, á excepcion de ciertas y determinadas personas que no pueden hacerlo, y son los siguientes: I. Los hijos naturales del testador, aunque estuviesen legitimados por rescripto del Rey, no pueden ser instituidos por sus padres ni madres si tuviesen hijos ó descendientes legítimos ó legitimados por subsiguiente matrimonio; pero les podrán dexar dichos sus padres ó madres la quinta parte de sus bienes, *l.* 5. *y* 7. *tit.* 20. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* (*l.* 9. *l.* 12. *de Toro*). Y sino tuvieren hijos legítimos ó legitimados por subsiguiente matrimonio, podrán instituir á sus hijos naturales, aunque á ellos les sobrevivan sus ascendientes legítimos, *d. l.* 5. *con la siguiente.* Y lo mismo debe decirse de los hijos espurios respecto á la su-

(1) *L.* 3. *C. de apost. l.* 4. *C. de hæret.*

cesion de sus madres; salvo si fueren nacidos de dañado y punible ayuntamiento, que no pueden ser instituidos por su madre, bien que esta puede dexarles en vida ó en muerte la quinta parte de sus bienes, y no mas. Y entonces se dice dañado y punible ayuntamiento, quando la madre por el tal ayuntamento incurre la pena de muerte natural, *d. l.* 5. Pero de la sucesion del padre estan los espurios tan excluidos, que solo les puede dexar la quinta parte de sus bienes, si se hallaren en necesidad, y no de otra manera, como prueba bien Gutierrez, *lib.* 3. *pract. quæst.* 94. de la *ley* 1. *tit.* 5. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* II. Los hijos de los Clérigos, Frayles ó Monjas profesas no pueden ser instituidos ni gozar de legados, donaciones ó ventas que les hicieren sus padres ni parientes por parte de padre, *d. l.* 5. y su *antecedente la* 4., que invalida qualquier privilegio que se concediere en contrario. Por Clérigos deben entenderse aqui los ordenados de órden mayor, ó *in sacris*, como suele decirse, como hace ver Azevedo en *d. l.* 2. *nn.* 3. *y* 4. Y adviértase, que las *leyes* 1. *y* 2. *tit.* 3. *y* 6. *lib.* 9. *de la Nov. Rec.* que acabamos de citar, corrigen en parte lo que generalmente dispuso de los hijos nacidos de dañado ayuntamiento la *ley* 4. *tit.* 3. *P.* 6. *al fin*; bien que á Gregor. Lop. en la *glosa* 11. *de d. l.* 4. ya le pareció debia limitarse la generalidad que tiene de que no pudiesen ser instituidos, sin expresar por quienes.

3 IV. Nada pueden percibir por disposicion del testador, el que le hubiere confesado en la enfermedad de que murió, sea Clérigo ó Religioso, ni sus parientes, ni su Iglesia ó Religion, confirmado por *cédula publicada en* 18. *de Agosto de* 1771. que es la *ley* 15. *tit.* 20. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.*, en la que se añade la pena de privacion de oficio del Escribano que autorizase qualesquiera instrumentos en su contravencion; declarando ser nulos los que se hicieren en contrario. Se refiere en *d. auto acordado* la justa causa de esta prohibicion de evitarse las persuasiones, sugestiones y fraudes con que se turban

las conciencias de los enfermos, y se les trueca la voluntad. En explicacion de lo que dice *esta cédula* sobre la nulidad del instrumento que declara, nos parece no deber entenderse de todo el instrumento, sino solò de aquella parte que contiene la institucion de heredero ó manda en la persona del Confesor. Lo fundamos en haber observado ser este el modo de establecerse las leyes de esta naturaleza. Así vemos, que la *l.* 8. *tit.* 7. *P.* 6. *al fin*, al paso de disponer que es nulo el testamento en que el hijo deshereda á su padre, sin expresar causa alguna de las justas, añade deber entenderse esta nulidad en quanto á la desheredacion: pero que las mandas y otras cosas contenidas en el testamento valgan. Y al mismo tenor manda la *ley* 8. *tit.* 6. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* (24. *de Toro*), que si el testamento se rompiere ó anulare por causa de pretericion ó exheredacion, en el qual hubiere mejora de tercio ó quinto, no por eso se rompa, ni menos dexe de valer el dicho tercio y quinto, como si dicho testamento no se rompiese. Lo establecieron tambien así las leyes Romanas (1). Y lo persuade la equidad, que no permite tenga lugar la pena mas allá del particular en que ocurrió la iniquidad ó sinrazon que la motivó.

4 El nombramiento de heredero debe hacerse con palabras que le señalen cierta y claramente, de modo que se sepa con seguridad qual es la persona nombrada, y que el testador quiso fuese su heredero, *l.* 6. *d. tit.* 3. *P.* 6. que pone diferentes fórmulas ó locuciones con que pueda esto hacerse (2). Y por defecto de este seguro señalamiento, no valdria la institucion en que nombraba por heredero á Pedro su amigo, si tuviese dos amigos de este nombre, y no pudiese constar por algunas señales de qual de los dos quiso hablar; é iria en este caso su herencia á los mas próxîmos parientes, que hubieren de sucederle ab intestato. Ni tampoco valdria, si el tes-

(1) *Autent. ex causa C. de liber. præt. desump. ex Nov.* 115. *cap.* 3. *in fine.* (2) *L.* 15. *C. de testam.*

tador señalase al heredero por injurias ó dicterios especiales, como si dexere, nombro en heredero á Juan, que es traidor ó Herege, para deshonrarle ó infamarle. Pero sí que valdria, si en general dixese de él, que era malo, sin expresar la especie de maldad, *l.* 10. *d. tit.* 3. Y si instituyere herederos á los pobres de alguna Ciudad ó Villa, ó legare á los mismos sus bienes, deberán repartirse entre los que se hallaren en los Hospitales de aquella Ciudad, y señaladamente en aquellos, que por sus achaques no pueden salir de los Hospitales. Pero si el testador no señalare Lugar, deben darse á los pobres de aquel en que hizo el testamento, *l.* 20. *d. tit.* 3., en cuya *glosa* 7. dice Gregor. Lop. deber entenderse en el caso que el testador tuviere allí su domicilio.

5 Quando instituye muchos herederos, puede dividir su herencia en las partes que quisiere, pero la comun ú ordinaria division es en 12. partes, que se suelen llamar onzas (1), porque este número es el mas proporcionado para subdividirse, completarse ó multiplicarse, respecto á que se puede partir en mas porciones iguales que ningun otro. Al total de 12. onzas llaman las leyes Romanas *as*, á su doble *dipondium*, y á su triple *tripondium* (2), cuyos nombres se expresan tambien en las nuestras de las *Partidas*, y su noticia es útil para el caso en que el testador, llenando ó excediendo el *as*, nombrare á otro heredero sin expresion de partes. Si nombrara á varios, sin expresar partes en ninguno, todos las tendrian iguales; y si en todos las expresare, cada qual sacaria la que le señaló. Y si en alguno ó algunos señalase partes, y en otro no, tendrian aquellos las señaladas, y este lo que falta hasta cumplir el as, y llenado ó excedido el as, lo que faltase hasta el dipondio, y con la misma regla hasta el tripondio (3). Si por exemplo pues dixere el testador: Juan sea heredero de 4. onzas, Pedro de 3., Diego sea heredero; tendria este 5. que faltan para completar

(1) §. 5. *Inst. de her. inst.* (2) *D.* §. 5. §. 8. *eod.* (3) §. 6. *eod.*

el as; y si al primero señalaba 8., al segundo 7. y el tercero estaba nombrado sin partes, sacaria 9. que faltan hasta el dipondio; y por la misma razon tendria 12. si entre los otros dos tuviesen señaladas otras doce, como todo esto consta en las *leyes* 17. 18. *y* 19. *d. tit.* 3. que en esto imitaron á las Romanas, que estableciéron lo mismo, fundadas en notoria equidad. Tambien las imitó la *ley* 14. *de d. tit.* 3. disponiendo, que si el testador instituyese heredero á uno solo en cosa señalada, como en viña ú otra cosa qualquiera, debia este llevarse toda la herencia (1). Pero como esta decision se fundaba solo en el rigor y escrupulosidad del derecho Romano, la consideramos corregida por la *ley* 1. *tit.* 18. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.*, de la que hemos hablado en el *tit. antecedente y siguientes*, como vamos á manifestar.

6 Entre las leyes Romanas habia una muy famosa, que decia no poder morir uno parte testado, y parte intestado, á cuyo tenor decidian el caso último del *n. anterior*, y otros semejantes. Pero el de *d. célebre l.* 1. *tit.* 18. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* que arriba hemos transcrito, *tit. antecedente n.* 3. convence que arruinó y corrigió este decantado axîoma de los Romanos. Podrá pues en España, despues de esta *ley de la Recop.* morir uno parte testado y parte intestado; y de consiguiente valdrá como suena la institucion de heredero hasta tiempo cierto ó desde tiempo cierto, sin embargo de que lo prohibia la *ley* 15. *de d. tit.* 3. Este axîoma establecido formalmente en una ley de los Romanos (2), les precisó á admitir el derecho de acrescer en el caso de que siendo uno solo el heredero é instituido en cosa cierta, ó parte quotativa de la herencia, como una, dos ó tres onzas, recogia en su virtud los bienes restantes del testador por necesidad, aunque este lo prohibiese; y esta misma doctrina tuvo lugar en España por la citada *ley* 14. *de d. tit.* 3. hasta que la corrigió, como hemos dicho, *la* 1. *d. t. y lib.* Diremos pues,

(1) *L.* 1. §. 4. *de her. instit.* (2) *L.* 7. *de div. reg. jur.*

consiguiente á esta correccion, que cesa ya entre nosotros el ser necesario el derecho de acrescer en las herencias; pero que tendrá lugar quando viene de la voluntad del testador, la que quiso *d. l.* 1. se guardase y cumpliese religiosamente; á la manera, que por la misma razon siempre lo ha tenido en los legados quando hay conjuncion real. Y segun esta regla, no habrá derecho de acrescer en las herencias, quando uno solo es el instituido en cosa cierta, ó parte quota de la herencia; ó son muchos los instituidos con partes expresas para cada uno que señaló el testador, en cuyos casos irán á los herederos legítimos ó ab intestato los demas bienes vacantes, ó partes de que no dispuso el testador. Véase á Vela *disp.* 47. á *n.* 58. Pero si el testador instituyese á muchos, juntándolos, ó en toda la herencia, ó en alguna parte de ella, como por exemplo, en el tercio ó en el quinto, diremos habria entre ellos derecho de acrescer, por juzgarse ser esta la voluntad del testador quando les llama juntos á una cosa.

7 El testador puede instituir heredero no solo puramente, ó á dia cierto, como hemos dicho, sino tambien baxo de condicion, la cual se suele significar por la palabra *si*, y no es otra cosa, que: *Añadidura que suspende ó alarga hasta algun acontecimiento incierto lo que quiere hacerse, ó se promete.* Su naturaleza es, que si se cumple ó sucede el acontecimiento, vale lo expresado, como si se hubiese establecido pura y sencillamente; si no sucede ó falta, nada vale; y mientras se espera, está en pendencia, *l.* 1. *tit.* 4. *P.* 4. (1). Es muy freqüente su uso en testamentos y en contratos, y son varias sus especies y efectos que producen: todo lo qual merece que se trate de ellas con alguna extension. Sus divisiones son las siguientes: I. En posibles é imposibles. Posibles son aquellas, que no hay impedimento alguno para que se cumplan, y por lo contrario son imposibles las que lo tienen;

(1) *L. 26. de cond. inst. l. 8. de peric. et com. rei vend.*

y se subdividen en imposibles por naturaleza, por derecho, ó por ser perplexas ó dudosas, de modo que no pueden entenderse. Imposibles por naturaleza se llaman aquellas, cuya existencia resiste la misma naturaleza; como si el testador dixere: *Nombro heredero á Pedro, si alcanzare al Cielo con la mano*; y por derecho, las que son contra honestidad, contra buenas costumbres, contra obras de piedad, ó contra derecho, *l.* 1. *l.* 3. *tit.* 4. *P.* 6. (1). Es tan piadosa y digna de tenerse en memoria la razon de llamarse imposibles estas condiciones, que dió el celebérrimo Jurisconsulto Papiniano (2), que nos ha parecido notarla aqui, á saber: *Debe creerse que no podemos hacer aquellas cosas que ofenden la piedad, exîstimacion y rubor nuestro, y generalmente las que se hacen contra las buenas costumbres*, como si uno dixera: *Te establezco por mi heredero, si no sacares á tu padre de cautivo, ó no le dieres á comer*. Tanto estas como las imposibles por naturaleza, si se ponen en los testamentos, no causan embarazo alguno ni sirven, pues se tienen por no puestas, y el heredero ó legatario cogen lo que se les dexa, como si se les hubiere dexado pura y simplemente, *d. l.* 3. Lo contrario sucede en los contratos, que celebrados baxo de condicion imposible, son nulos. Así lo establecieron varias leyes Romanas (3). Y aunque no hemos hallado ley alguna de nuestra España, que expresamente lo establezca, hemos querido notar aqui esta doctrina, por sentarla Greg. Lop. en la *glosa de la ley* 17. *tit.* 11. *P.* 5. Gomez *lib.* 1. *var. cap.* 11. *n.* 60. y todos nuestros Intérpretes que tratan de este asunto. Y es bien sólida la razon que se da de esta diferencia, de que los que asi contraen, se entiende que hablan de burlas, sin intencion de obligarse: cuya inteligencia no es adaptable á un acto tan serio como el testamento que se hace pensando en la muerte; y por su favor se han constituido muchas

(1) *L.* 15. *de cond. inst.* (2) *D. l.* 15. (3) §. 10. *Inst. de inut. stipul.*

cosas. La tercera especie de las condiciones imposibles es la de las dudosas, llamadas *perplexas*, que ellas en sí mismas se embarazan la exìstencia, y no puede entenderse lo que se quiere, y por ello hacen nulo qualquier testamento ó contrato en que se ponen, como si dixeres: *Pedro sea mi heredero, si lo fuere Juan*; y *sea Juan mi heredero, si lo fuere Pedro*, *l.* 5. *d. tit.* 4. *P.* 6. (1). Tambien hará nulo el testamento, la condicion imposible de hecho, *l.* 4. *d. tit.* 4., que pone un exemplo, sobre el qual puede verse la *glosa* 1. de esta *ley* de Greg. Lop. y la 4. de la *l.* 6. *tit.* 4. *P.* 4. en que trata latísimamente de este asunto.

8 Dexando ya á un lado las condiciones imposibles, que si se habla con rigor, no son propiamente condiciones, como ni tampoco las que se confieren en tiempo pasado ó presente, por no contener suspension ó alargamiento, á causa de no poder estar en duda la cosa en que se ponen, requisito necesario de toda condicion, *l.* 2. *d. tit.* 4., pasamos á las posibles, á las quales pertenecen las otras divisiones que se siguen, á saber: II. En potestativas, casuales y mezcladas. Son las primeras las que estan en nuestro poder, como si dixera Pedro, que te lega cien pesos, si fueres á Madrid. Casuales, las que penden de la casualidad ó aventura, como si te los legaba, si te hacian Obispo. Y mezcladas ó mixtas, las que en parte estan en nuestro poder, y en parte penden de otro, ó de la casualidad, como si te los legare, si te casares con Fulgencia, la que no puedes cumplir sin que con tu voluntad concurra la de esta, *ll.* 7. 8. *y* 9. *de d. tit* 4. III. En expresas y tácitas. Son expresas las que manifiestan claramente las palabras, como lo son las de los exemplos que hemos referido: Y tácitas las que así no se manifiestan; pero se entienden expresadas. De estas unas se sobreentienden, porque así lo exîge la misma necesidad, como quando uno lega ó promete los frutos que na-

(1) *L. 16. cod. de cond. instit.*

cerán tal año en su campo, en cuyo caso se entiende la condicion, *si nacieren*, *l.* 20. *tit.* 11. *P.* 5. (1). Y otras nacen de la presunta voluntad del testador, que aunque no las expresó, se entiende que las quiso. De esta clase es la condicion, *si muriese sin hijos*, que se entiende, quando el testador instituyó á dos hijos, ambos legítimos ó naturales, substituyendo el uno al otro simplemente, en cuyo caso para pasar al segundo la parte que perteneció al que murió primero, es preciso que este hubiese muerto sin hijos, por entenderse ser esta la voluntad del padre testador, aunque no expresó esta condicion (2). Lo contrario será si los instituidos son extraños, *l.* 10. *d. tit.* 4. *P.* 6. Y si uno fuese hijo, y el otro extraño, juzga muy bien Gregor. Lop. en la *glosa* 13. *de la misma*, que se entenderia tambien la citada condicion en el hijo, si fuese él quien muriese primero. Y adviértase, que el dia incierto se considera condicion quando se duda si exîstirá, ó no, como si el testador dixere: *Lego á Pedro cien pesos*, *quando le hicieren Capitan*, *ó quando cumpliere* 50. *años*, *ley* 31. *tit.* 9. *P.* 6. (3). Pero si se sabe que exîstirá, ignorándose solo el quando, como el dia de la muerte, no hace condicion si se pone á la persona del interesado; y la hace si se pone á la de un extraño, como probamos en *nuestras instituciones lib.* 2. *tit.* 14. §. 9. *n.* 5. No encontramos tratada en las leyes de España la celebérrima qüestion de si la condicion puesta en la institucion, se entiende repetida en la substitucion, que tanto ha dado que discurrir á los Intérpretes de las Romanas. Si sucediese en España, nos inclinariamos á que deberia resolverse afirmativamente, al tenor de lo que decimos quando la examinamos latamente en nuestro Digesto, *lib.* 35. *tit.* 1. *n.* 4. Y en los siguientes *nn.* 5. 6. 7. 8. *y* 9. explicamos tambien la útil doctrina de la diferencia entre las condiciones dividuas é individuas, y del

(1) *L.* 1. §. *ult. de cond. et demonst.* (2) *L. cum avus* 102. *eod.*
(3) *L.* 75. *de cond. et demonst. L.* 21. *cum. sec. cuand. dies leg ced.*

tiempo en que deben cumplirse las condiciones, que omitimos aqui por la propia razon de no hallarlo tratado en nuestras leyes. Pero no queremos omitir lo que dispone la *ley* 14. *de d. tit.* 4. estableciendo en el *vers. Pero*, que aquel á quien se dexa algo baxo de condicion de casarse con persona determinada, no lo gana, si aquel con quien debia casarse muriese antes de cumplirse la condicion, como ni tampoco, si por no quererlo él, dexase de casar con la determinada persona (1), sino es que esta fuese su parienta, ó tal que no pudiese casarse con ella, segun derecho. Mas si queriendo casarse él, no lo quisiera la tal persona, sí que lo ganaria.

9 Quando la condicion es de las casuales, es siempre preciso que se cumpla para conseguirse lo que se dexa, *l.* 8. *d. tit.* 4. Y lo mismo en las potestativas, sino es que suceda el no cumplirse por aventura y sin culpa de aquel á quien se imponen, *l.* 7. *d. tit.* 4. *l.* 22. *tit.* 9. *P.* 6. Pero debe advertirse, que si la potestativa consiste en no hacer alguna cosa, como por exemplo: *Lego á Pedro cien pesos sino fuere á Cádiz*, se le habrán de entregar desde luego, si diere fiadores que los restituirá si fuese, *d. l.* 7. (2), á cuya famosa caucion llamaron los Romanos *Muciana*, por haberla inventado Quinto Mucio; y no tiene lugar en los contratos, como unánimes lo resuelven todos los Intérpretes tanto extraños como nuestros, y entre estos Gomez. 2. *var. cap.* 11. *n.* 37. En *nuestras Instituciones lib.* 3. *tit.* 16. §. 4. *n.* 6. notamos la sólida razon de esta diferencia. Si el testador nombra dos herederos, al uno puramente, y al otro baxo de condicion, puede aquel tomar la parte de herencia que le corresponde, sin esperar el cumplimiento de la condicion, *l.* 12. *d. tit.* 4. Y quando instituye heredero baxo de dos condiciones, deberán cumplirse todas, si las pone conyunctivamente, como si dixera: *Sea Pedro heredero si se casare y fuere á Madrid*; pero si lo ha-

(1) *L.* 31. *de condit. et demonst.* (2) *L.* 7. *l.* 8. *eod.*

ce disyunctivamente diciendo, *ó va á Madrid*, bastará se cumpla qualquiera de ellas, *l.* 13. *d. tit.* 4. (1).

10 Y últimamente cuncluyendo éste asunto de condiciones, queremos advertir estar recibida en la práctica, y apoyada por nuestros Autores, por útil al estado, y conforme á las buenas costumbres la doctrina de las leyes Romanas (2), de no valer y tenerse por no escrita la condicion de no casarse quando se impone á un célibe, y con mas particularidad si fuere muger; pero deberá cumplirse quando se pone á un viudo, como puede verse en Antonio Gomez, *in l.* 4. *Taur. n.* 8. Covar. Gutier. y otros. Tratamos tambien con extension de ella en nuestro *Digesto lib.* 35. *tit.* 1. *n.* 11. *y siguientes*, manifestando deber tambien cumplirse quando la prohibicion de casarse no es general, ni tiene veces de tal, poniendo exemplos sacados de leyes Romanas (3). De que sea nula la condicion de no casarse, no debemos inferir que lo sean tambien las adyecciones ó expresiones tan freqüentes en los testamentos de los padres, que teniendo hijas solteras, las mejoran *mientras se mantengan doncellas ó sin casarse*; porque no respiran el fin de dicha condicion de impedir el matrimonio con perjuicio del estado, sino el de socorro á las hijas mientras esten destituidas del auxîlio de marido; y no hacen la mejora condicional, sino modal; y de ahí es, que se debe desde luego que fallezca el testador, y mientras las tales hijas fuesen célibes, sin esperar ni dar caucion, lo que es indispensable en las condiciones. A que se añade, que las adyecciones en caso de duda, ántes deben considerarse modos, que condiciones, Castill. *lib.* 4. *controv. cap.* 55. Parlador. *differ.* 147. Barbos. *de dict. usufrequent. diction. Donec* 93. *n.* 4.

11 En lugar de los que el testador instituye herederos en primer grado, puede nombrar otros en grado si-

(1) §. 11. *Inst. de her. inst.* (2) *L.* 22. *et passim. de cond. et demost.* (3) *L.* 63. *l.* 64. §. 1. *de cond. et demonstr.*

guiente, que se llaman substitutos, y su institucion, substitucion, que es, *Institucion en segundo ó ulterior grado.* De ella pone seis especies la *ley* 1. *tit.* 5. *P.* 6. que iremos explicando, y son: I. Vulgar. II. Pupilar. III. Exemplar. IV. Compendiosa. V. Brevilocua ó recíproca. VI. Fideicomisoria. La V. no tanto es especie de substitucion, como modo de substituir perteneciente á la I. y la II., y la IV. es tambien modo de substituir, como luego veremos. La vulgar llamada así, porque la puede hacer qualquiera del Pueblo, y á quien quisiere, *l.* 1. *d. tit.* 5., se hace regularmente por palabras negativas, baxo esta fórmula: *Pedro sea heredero, si no fuere séalo Juan.* Y por quanto el no serlo puede suceder por no poder ó no querer, *d. l.* 1. *l.* 2. *d. tit.* 5. (1)., suelen explicarlo los Intérpretes diciendo, que el caso general de esta substitucion comprehende los particulares de impotencia y de noluntad. Se puede tambien hacer sin expresion de caso, como si el testador nombrando dos herederos dixera, que lo fuese el que quedare vivo, en cuyo caso por impotencia ó por noluntad del uno, lo seria el otro de toda la herencia, como lo establece *d. l.* 2., manifestando con ello, que baxo del caso de la impotencia se comprehende el de la noluntad: lo que era muy qüestionable entre los Intérpretes de las leyes Romanas. Si el testador nombrara tres ó mas herederos, señalando á cada uno partes, y substituyéndoles vulgarmente entre sí, sin expresar partes en la substitucion, y uno de ellos no fuese heredero, tendrian los otros su porcion vacante, segun las partes que tenian señaladas en la institucion, y no por partes iguales, *l.* 3. *d. t.* 5. (2), cuya razon es clara, por creerse que el testador les amó de la misma manera en la substitucion, que en la institucion á uno mas, y á otro ménos, al tenor de las partes que les señaló en la institucion. Y la substitucion vulgar hecha en estos términos de estar substituidos en-

(1) *L.* 3. *C. de her. inst. princ. Inst. de vulg. subst.* (2) §. 2. *eod.*

tre sí los mismos instituidos, es la que se llama recíproca (1). Como para tener entrada el substituto vulgar, es preciso que no sea heredero el que está instituido, no lo tendrá si este tomare la herencia, ó diciendo que la quiere, porque de qualquiera de estos modos se hace heredero, *l.* 4. *d. tit.* 5.

12 Pupilar substitucion es aquella que hace el padre á su hijo que tiene en su poder, y es impúbere, *l.* 1. *l.* 5. *d. tit.* 5. (2). Y por quanto esta *ley* 5. en seguida de haber nombrado á los hijos del testador añade, é á los que descienden de ellos; de suerte que segun ella podrian los abuelos substituir pupilarmente á sus nietos, debemos advertir no tener esto último lugar en el dia, por haber establecido despues la *l.* 3. *tit.* 5. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* (47. *de Toro*), que el hijo casado y velado no está ya en la potestad de su padre, por cuyo motivo no pueden estarlos sus hijos en la del abuelo, sino que lo han de estar en la de su proprio padre, á no ser que este fuese casado y no velado, en cuyo caso poco freqüente podria servir la citada añadidura de *d. l.* 5. *de las Partidas*. La fórmula expresa y ordinaria de esta substitucion es: *Mi hijo sea heredero, y si lo fuere y muriere dentro de la edad pupilar, séalo Pedro.* Y tambien puede hacerse calladamente sin esta expresion, diciendo el testador: *Sean herederos mi hijo menor de* 14. *años, y Pedro y Juan mis amigos; y qualquiera que sea mi heredero, lo sea tambien de mi hijo, l* 5. *d tit.* 5, la qual establece asimismo, que baxo la substitucion vulgar expresa se comprehende tácitamente la pupilar; y de consiguiente, que si un padre instituye heredero á un hijo suyo menor de 14. años si es varon, ó de 12. si es hembra, diciendo que en el caso de no ser heredero, lo sea *Pedro*, lo será tambien este en el caso de que habiéndolo sido el hijo, murió en la referida edad. Pero pone una excepcion de esta última doctrina en el vers. *Fueras*

(1) *L.* 4. §. 1. *de vulg. et pup. subst.* (2) *Pr. Inst. de pup. subs.*

ende en el caso de que teniendo el testador dos hijos en su potestad, el uno mayor de 14. años, y el otro menor, les substituye entre sí vulgarmente; porque entonces no seria el mayor substituto pupilar del menor, aunque siendo este heredero muriese durante su menor edad. Y da la razon de la excepcion, porque se juzga les quiso hacer iguales; y por lo mismo fue su voluntad, que el mayor solo recogiese á su favor la substitucion vulgar del menor; puesto que este no podia recoger otra, por ser el mayor incapaz de tener substituto pupilar. Y que lo mismo seria si en lugar del hijo mayor fuese instituido un extraño aunque menor por la propia razon (1). No solamente puede el padre dar substituto pupilar al hijo que instituye heredero, sino tambien al que deshereda; y entonces muerto este en la edad pupilar, heredaria el substituto los bienes que viniesen al tal hijo por parte de su madre ó de otros, *l.* 6. *d. tit.* 5. (2). Y aunque esta *ley* exige en este caso, que el padre nombre algun heredero, no es ya esto preciso, atendida la *l.* 1. *tit.* 18. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.*; segun la qual no es necesaria la institucion de heredero para que valga el testamento, como vimos en el *tit.* 4. *de este lib. n.* 3.

13 Es efecto de la substitucion pupilar, que el substituto recoja todos los bienes del instituido, de qualquier parte que le hayan pertenecido, como si este le hubiese nombrado heredero en tiempo en que pudiese hacer testamento; por cuya razon se considera como testamento del hijo, *l.* 7. *d. tit.* 5. (3), con total exclusion de la madre del pupilo, como expresamente lo establece la *ley* 12. *del mismo tit.* 5. *vers. E si aquel*, hablando de la pupilar comprehendida en la compendiosa, y lo prueba Gom. 1. *var. cap.* 4. *n.* 7. Y añade al *siguiente n.* 8. suceder lo contrario en la pupilar tácita contenida en la vulgar, fundado en textos del derecho Romano,

(1) *L. 2. C. de impub et al. subs.* (2) §. 4. *Inst. de pup. subst.*
(3) *Pr. eod.*

que á nuestro dictamen no lo prueban, como hacemos ver en nuestras *Instituciones Romano-Hispanas*, *lib.* 2. *tit.* 16. *n.* 17. *y siguientes*: Solo se exceptúa el substituto que el arrogador dió á su hijo adoptivo; el qual no heredará mas bienes, que los que el arrogado hubo del padre arrogador, ó por su contemplacion, *l.* 9. *d. tit.* 5. (1). La causa de haberse introducido esta substitucion es, porque no pudiendo testar los que estan en la edad pupilar, por no tener el correspondiente entendimiento para ello, pareció justo y útil lo pudiesen hacer por ellos sus padres, en cuya patria potestad estan, *l.* 11. *d. tit.* 5. Y como esta es necesaria para su subsistencia, de ahí es, que siempre que cese, de qualquiera manera que sea, desfallece ó se acaba la substitucion, como tambien por salir el hijo de edad pupilar, *l.* 10. *d. tit.* 5. Por esta misma ley no era admitido el substituto pupilar, quando el hijo instituido no queria la herencia de su padre. Pero por quanto la famosa *ley* 1. *d. tit.* 18. que acabamos de citar dispone, que si el heredero no admite la herencia, vale, y debe observarse todo lo demas que se halla ordenado en el testamento, diremos que en este particular corrige á *d. l.* 10.

14 Exemplar substitucion se llama aquella, que hacen los padres ó las madres á sus hijos locos ó mentecatos, diciendo: *Instituyo heredero á mi hijo Pedro, y si muriese en la locura ó enagenacion de potencias que padece, establezco por heredero suyo ó en su lugar á Juan* (2). Se llama asi, por haberse introducido á exemplo de la pupilar; por concurrir en los locos y mentecatos la propia razon que en los pupilos, de no poder testar por sí. Con la misma analogía se suele llamar tambien *quasi pupilar.* Entre ella y la pupilar hay sin embargo algunas diferencias; I. Que esta solo la puede hacer el padre, y al hijo que tenga en su potestad, como hemos visto; y la

(1) *L.* 10. §. 6. *de vulg. et pup. subst.* (2) §. 1. *Inst. de pup. subst.*

exemplar, tanto el padre, tenga ó no tenga patria potestad, como la madre, (1); y es la razon, porque la exemplar no es efecto de dicha potestad como la pupilar, pues nace del afecto que tienen los padres á sus hijos, cuya circunstancia no puede negarse á las madres. II. Que en la pupilar puede el padre nombrar por substituto á quien le parezca, y en la exemplar debe nombrar á los hijos del loco, si les tuviere, y en su defecto á alguno de sus hermanos (2). III. Que la pupilar se da y acaba por razon de la edad de aquel á quien se da, y la exemplar por la de recobrar la sanidad de su entendimiento, *l.* 11. *d. tit.* 5. (3). Y en el caso en que este despues de haber recobrado el juicio lo volviese á perder, es qüestion si debe considerarse que dura ó se ha restablecido la substitucion, ó que está acabada. La trata entre otros el Sr. Covar. *in cap. Raynutius*. §. 6. *n.* 11. con la solidez que acostumbra, inclinando á la media sentencia de que dura, si el intervalo del recobro es breve, y no si es largo: lo que penderá del arbitrio del Juez. A la misma inclina Greg. Lop. en la *glosa* 9. *de d. l.* 11. Y todos convienen, que puede darse substituto exemplar, no solo á los locos ó mentecatos, sino tambien á los demas que por algun vicio ó impedimento no pueden testar, como los pródigos, mudos y sordos, Covar. *d.* §. 6. *n.* 1.

15 Compendiosa substitucion, que segun diximos arriba *n.* 8. mas es modo de substituir, que propia especie de substitucion distinta de las otras, es aquella: *Que puede comprehender y comprehende qualesquiera herederos, todos los tiempos y edades de ellos, y todos los bienes*, de suerte que comprehende la vulgar, la pupilar, y qualquier otra, segun la calidad ó capacidad del que la hace, y del que la recibe, como lo explica Antonio Gomez, 1. *var. cap.* 7. La *ley* 12. *de d. tit.* 5. *P.* 6. pone su siguien-

(1) *L.* 9. *C. de impub. et al. subst.* (2) *D. l.* 9. (3) §. 1. *Inst. de pup subst.*

te fórmula: *Hago mi heredero á Pedro mi hijo, y quando quier que él muera, sea su heredero Juan.* Si el heredero no fuese el hijo, deberia omitirse su expresion. Tampoco es mas que modo de substituir, la que se dice substitucion *brevilocua, recíproca* ó *mutua*, la qual acontece quando el testador dispone que sean substitutos entre sí los mismos que instituye herederos, como si teniendo dos hijos pupílos les estableciese herederos, diciendo: *Hago herederos á mis dos hijos, y les establezco por substitutos al uno del otro.* Así lo explica la *ley* 13. *d. tit.* 5. añadiendo, que hecha de esta manera contiene quatro substituciones, dos vulgares y dos pupilares. Y advierte muy bien Greg. Lop. en la *glosa* 3. *de d. l.* 13., que el hablar esta de hijos así substituidos, es por exemplo, porque tambien puede tener lugar esta substitucion en herederos extraños: bien que entonces no podia comprehenderse la pupilar. Y últimamente substitucion fideicomisaria es aquella, en que el testador pone de algun modo en la fe del heredero que nombra, que restituya á otro la herencia, como si dixera: *Establezco á Pedro por heredero, y le ruego, quiero ó mando, que restituya mi herencia á Juan.* Y el heredero establecido de esta manera debe pasar la herencia al otro, sacando para sí la quarta parte de toda ella, que se llama la *quarta trebeliánica*, *l.* 14. *d. tit.* 5. (1). Lo que añade al fin *esta ley*, que el heredero así instituido puede ser apremiado por el Juez á que admita la herencia, está derogado por la célebre *ley* 1. *tit.* 18. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* que tantas veces hemos citado, y dispone lo que diximos arriba *tit.* 4. *n.* 3.

16 Como no sea justo que se precise á los herederos á que admitan á ciegas las herencias que se les dexan, sin exâminar si les son útiles ó dañosas, como pueden serlo, por importar mas sus cargas que los bienes, á las que queda obligado por la admision de la herencia; se les concedió el derecho de deliberar, *pr. del tit.* 6. *P.* 6. (2), que no es otra cosa, que: *Facultad para tomar*

(1) §. 5. *Inst. de fideicom. her.* (2) *L.* 9. *de jur. delib.*

acuerdo por sí, ó ayudado de sus amigos, de si le conviene admitir ó desechar la herencia. Compete este derecho tanto á los herederos ab intestato, como á los testamentarios. Y pueden pedir plazo para hacer uso de él al Rey ó al Juez del Lugar donde es la mayor parte de la herencia del difunto, debiéndolo hacer antes que se otorguen por herederos de palabra ó de hecho, con facultad de que se les enseñen todos los escritos pertenecientes á la herencia para instruirse mejor de lo que les conviene, *l.* 1. *d. tit.* 6. (1). El Rey puede dar un año de plazo, y el Juez nueve meses (2), cuyo término puede coartar hasta cien dias, si entendiere poder bastar estos. Y si acaso muriese el heredero antes de haberse concluido el término que se le habia concedido, tendrá su heredero el que restare (3). Pero si falleciere despues de concluido el plazo, sin haber admitido la herencia, y fuese extraño, esto es, no descendiente, no tendria su heredero derecho alguno en la herencia, sobre la qual el finado habia obtenido el término de deliberar. Mas si descendiese del testador que le habia dexado heredero, podria su heredero haber la herencia, aunque aquel á quien heredaba hubiese muerto despues del plazo que se le concedió, *l.* 2. *d. tit.* 6. *P.* 6., la qual recomienda Gregor. Lop. en su *glosa* 10. Despues de admitida la herencia, ya no la puede desamparar, *l.* 18. *d. tit.* 6. (4). Mientras dura el tiempo de deliberar, no puede el heredero enagenar cosa alguna de las pertenecientes á la herencia, sin preceder mandato del Juez, dado por alguna justa razon, como seria para pagar el entierro del difunto, ú otras cosas precisas, que sino se hiciesen tendrian daño ó menoscabo los bienes hereditarios, *l.* 3. *d. tit.* 6., que pone varios exemplos (5). Y si el heredero se resolviese á no tomar la herencia despues de haber ocupado algunas cosas de ella, las debe restituir

(1) *L. 5. de adq. vel om. her.* (2) *L. ult. §. 13. C. de jur. delib.* (3) *L. 19. C. eod.* (4) *§. 5. Inst. de her. qual.* (5) *L. 5. l. 6. de jur. delib.*

á aquel á quien deben ir. Y si no lo hiciere, jurará este quántos son dichos bienes que ocupó el heredero, y será creido, estimando el Juez, segun su arbitrio, la suma en que debe jurar, *l.* 4. *d. tit.* 6.

17 Despues de establecido el derecho ó beneficio de deliberar, establecieron los Romanos otro llamado del *inventario*, que ambos han sido adoptados por nuestras leyes. Inventario es: *Escritura que se hace de los bienes del finado*, el qual es mas desembarazado y útil á los herederos, porque hecha esta escritura ó inventario, no está obligado el heredero á pagar mas deudas del difunto, que lo que montaren los bienes de la herencia. Y debe comenzarle dentro de 30. dias desde que supiere que es heredero, y acabarle hasta tres meses. Pero si todos los bienes del difunto no estuviesen en un Lugar, se le puede dar el plazo de un año, de mas de los tres meses, para que pueda reconocerlos y ponerlos en la escritura. Esta escritura debe hacerse por Escribano público, siendo llamados todos aquellos á quienes el testador mandó alguna cosa en el testamento, para que esten presentes quando se hiciere. Y si por ventura alguno de estos fuese en otra parte, ó estando en el Lugar no quisiere ir quando le llamaren, entonces debe hacerse la escritura ante tres testigos, que ademas de ser hombres de buena fama, conozcan al heredero ó herederos: Y al fin de la escritura debe el heredero escribir de su mano, que todos los bienes del testador estan escritos en el inventario lealmente, y sin ningun engaño. Y sino supiere escribir debe rogar á un Escribano público, que lo escriba en su lugar delante de dos testigos, *l.* 5. *d. tit.* 6. Gregor. Lop. en la *glosa* 8. *de esta ley* juzga, que tambien deben ser citados los acreedores (1). Si los legatarios no hubiesen estado presentes á la confeccion de inventario, y dudasen si estaba bien hecho, pueden pedir que jure el heredero que no encubrió cosa alguna, ni hizo engaño ninguno en aquella

(1) *L. ult. C. de jur. delib.*

escritura; y tambien que juren los testigos que se hallaren presentes, que el inventario fué hecho bien y lealmente; y asi lo debe mandar el Juez, *l.* 6. *d. tit.* 6. *P.* 6.

18 Hasta que sea cumplido el tiempo que concede el derecho para hacer el inventario, no pueden pedir cosa alguna al heredero aquellos á quienes se dexa algo en el testamento. Pero durante este tiempo, nada pierden estos de su derecho. Ni tampoco debe el heredero pagar las mandas que dexó el testador, hasta que primero haya pagado sus deudas, en conformidad de lo que diximos de no deber pagar mas de lo que restare despues. Y aun despues de pagadas estas, puede retenerse la quarta parte de la herencia, que llaman *falcidia*; de la que trataremos mas adelante, *l.* 7. *d. tit.* 6. Los gastos que hubiese pagado el heredero por el entierro del difunto, ó por otra justa razon, no los debe notar en el inventario; y si acaeciere alguna contienda sobre ellos, lo deberá probar por testigos ante quien los pagó, ó por su juramento. Y si tuviere alguna pretension ó derecho contra el difunto, le quedará salvo, *l.* 8. *d. tit.* 6., á diferencia del heredero que no hizo inventario, cuyos bienes y derechos se mezclan y confunden con los del finado, por la admision de la herencia, *l.* 10. *d. tit.* 6. En el dia la *ley* 9. *tit.* 20. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* (30. *de Toro*), mandando que los gastos del entierro se saquen del quinto de la hacienda, y no de su cuerpo; nos precisa á que digamos; que esta decision corrige limitando la doctrina de *d. l.* 8. *tit.* 6. *P.* 6. en quanto dice que no deben notarse en el inventario los gastos del entierro, á que solo tenga lugar quando el testador á nadie dexó el quinto de sus bienes, porque si lo hubiese dexado á alguno, deberian notarse como cargo que habria este de pagar ó tomar sobre sí en la division de la herencia. Si al heredero le fuese probado, que hizo maliciosamente el inventario, encubriendo ó hurtando algunos bienes del difunto, deberá pagar el doble valor de lo encubierto ó hurtado á aquellos que deben recibir algo del testador. Y los pleytos que ocurrieron

sobre inventario, les ha de sentenciar el Juez dentro de un año á mas tardar, *l.* 9. *d. tit.* 6. Y si hubiere admitido la herencia, dexando pasar al tiempo sin hacer inventario, quedan obligados, tanto sus bienes como los del testador, á pagar cumplidamente las deudas y mandas del difunto, sin poder retener ni sacar para sí la quarta parte, *d. l.* 10.

19 El heredero, tanto que lo sea ab intestato como por testamento, puede admitir la herencia, ó en voz diciendo llanamente que quiere ser heredero, ó con hechos sin expresarlo con palabras, como si usase de los bienes como heredero y dueño de ellos, labrando las tierras, ó arrendándolas; ó usando de los bienes en otra manera semejante (1). Pero si usara de ellos por piedad, ó para que no se perdiesen ó menoscabasen las cosas, como por exemplo, dando á comer á los ganados ó caballerías, ó cuidando de los enfermos; por tal uso como este, no se diria que quiso mostrarse heredero: bien que será bueno, que manifieste ó proteste ante algunos, que lo hace por piedad y no con intencion de ser heredero, *l.* 11. *d. tit.* 6. Al primer modo de admitir la herencia llamaron los Romanos *adicion*, y al segundo *gestion por heredero* (2). Para que el establecido por heredero, ó el que tenga derecho para serlo por parentesco lo pueda ser, debe ser cierto de la muerte de aquel á quien quiere heredar; pues si lo dudare, no puede entrar ni ganar la herencia, ni la puede renunciar aunque quiera. Y la misma prohibicion tiene, pendiente la condicion, el que estuviere instituido baxo de ella, y el que ignorase la condicion del que le estableció, si podia ó no hacer testamento, *l.* 14. *d. tit.* 6. (3), y qualquiera de admitir la herencia so condicion, sea la que fuese, pues la admision debe hacerse siempre puramente, *l.* 15. *d. tit.* 6.

20 En quanto á los hijos que estan en poder de sus

(1) §. 6. *Inst. de her. qual.* (2) *L.* 5. §. 7. *de adq. her.*
(3) D. §. 6.

padres, y los menores de 25. años, debe admitirse lo siguiente, prevenido todo en la *ley* 9. *de d. tit.* 20. Si alguno estableciere por heredero á un hijo que está en poder de su padre, con la intencion que gane la herencia para su padre, no la podria ganar para sí, sino para su padre, y con otorgamiento de este, y seria peculio profecticio. Pero si la madre ó qualquier otro instituyera heredero al tal hijo, con intencion que la herencia fuese para él y no para su padre, podrá el hijo ganar la herencia, y tenerla sin consentimiento del padre; y no estando el hijo en el Lugar, puede entrar en ella el padre, y será peculio adventicio del que tiene el hijo la propiedad, y el padre el usufructo. Si el heredero fuere loco, mentecato ó menor de siete años, deberá entrar en la herencia el que les tenga en su guarda, ó el padre á nombre del hijo, si le tuviere en su poder. Y si fuese menor de catorce años, podrá el mismo entrar en ella; pero con otorgamiento de su padre, ó de aquel que le tuviese en guarda. Si muriere alguno sin testamento dexando á su muger en cinta, ó creyendo que lo está, debe esperarse á que para, y en el entretanto no puede ninguno entrar en la herencia, *l.* 16. *d. tit.* 6. Las diligencias que han de practicarse en este caso para la custodia y seguridad del parto, y evitar todo engaño, las explica con mucha extension la *ley* 17. *d. tit.* 6. La *ley* 21. *tit.* 3. *P.* 6. adoptó la division de herederos en suyos, necesarios y extraños, establecida en las leyes Romanas (1). Pero por quanto los esclavos que eran los necesarios, apenas les tenemos, y los rigores de la suidad solo pueden considerarse en tutelas y substituciones; es mejor division decir, que unos son necesarios, esto es, que deben necesariamente ser instituidos ó desheredados, quales son los descendientes que ocupan el primer lugar, y en su defecto los ascendientes; y en voluntarios que son todos los otros. A los descendientes para poder ser herederos,

(1) *Pr. Inst. de hered. qual.*

les basta que tengan capacidad de serlo al tiempo en que muere el testador, aunque no la tuviesen quando se hizo el testamento; pero los demas la deben tener en tres tiempos; que son, quando les establecen ó se hace el testamento, el de la muerte del testador, y quando aden ó admiten la herencia, *l.* 22. *d. tit.* 3. Por los dos mismos modos que puede el heredero admitir la herencia, puede desecharla, esto es, en voz, ó por hechos que manifiesten su voluntad de no querer ser heredero, *l.* 18. *d. tit.* 6. (1). Desechando un descendiente la herencia de su ascendiente, puede entrar en ella dentro de tres años, si las cosas pertenecientes á la misma no hubiesen sido enagenadas, en cuyo caso solo podria entrar siendo menor de 25. años, *l.* 20. *d. tit.* 6.

21 Hasta aqui hemos hablado de la institucion de heredero, beneficios que este tiene para entrar con seguridad en la herencia, y modos de admitirla: debemos ahora hablar de la desheredacion. Desheredar es: *Excluir de la herencia á aquel, que por derecho le pertenecia*, *l.* 1. *tit.* 1. *P.* 6. Los ascendientes pueden desheredar á sus descendientes, que esten en el primer lugar para heredarles ab intestato (cuya circunstancia debe entenderse en todos los que desheredan) si dieren justa causa, y fueren de edad de 10. años y medio á lo menos; y tambien lo pueden hacer los descendientes respecto de sus ascendientes, *l.* 2. *tit.* 7. *d. P.* 6., la qual añade lo mismo de los parientes de travieso, respecto de sus colaterales: bien que dice, que lo pueden hacer sin razon ó con ella, y que omitiéndolos á ellos, pueden instituir á un extraño. La desheredacion debe hacerse nombrando al desheredado por su nombre, ó por otra señal cierta, sea varon ó hembra, esté ó no en poder de quien deshereda, de manera que pueda saberse ciertamente quien es el desheredado. Y no quita la fuerza á la desheredacion el que hable mal de su hijo el padre

(1) §. 6. *eod.*

que le deshereda, como si teniendo un solo hijo dixera: *Desheredo á mi hijo ladron, que no merece llamarse mi hijo* (1). Debe ser la desheredacion sin condicion (2), y de toda la herencia, y no de una cosa solamente: si no se hiciese asi no valdria, *l.* 3. *d. tit.* 3. (3)

22 La desheredacion hecha por justa causa priva al desheredado de la herencia de quien le desheredó, que le pertenecia por parentesco. Y si este alegare varias causas, basta que el heredero pruebe una, para que produzca su efecto la desheredacion, *l.* 8. *d. tit.* 7. Las *leyes* 4. 5. 6. *y* 7. *de d. tit.* 7. refieren 14. de dichas justas causas que puede tener el padre para desheredar á su hijo, previniendo la citada *ley* 8., que por ninguna otra le puede desheredar, adoptando en todo esto lo que Justiniano estableció en las leyes Romanas (4). Pero debemos advertir haber otras dos causas de desheredacion mas recientes que las *leyes de las Partidas*, las que hemos notado de paso en el *lib.* 1. *tit.* 4. *nn.* 16. *y* 30. y son el haber contraido matrimonio clandestino, *l.* 5. *tit.* 20. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.*, y el casarse los hijos sin el consentimiento de sus padres, ú otros en su defecto, segun el tenor *de la pragmática del año* 1776. que hemos referido en el *lib.* 1. *tit.* 4. *nn.* 3. *y* 4., que contiene otras penas que pueden verse en ella, como tambien hay contra los que contraen matrimonio clandestino en *d. l.* 5. *tit.* 20. *lib.* 10. *de la Nov. Recop.*

23 Las justas causas para desheredar los hijos á los padres, son 8. expresadas en la *ley* 11. *d. tit.* 7. (5) Son menos, porque á los padres les son permitidas muchas cosas para con los hijos, que les estan prohibidas á estos para con sus padres. Si los padres ó los hijos no expresan en la desheredacion alguna de las justas causas, son nulos sus testamentos, *l.* 10. *l.* 11. *d. tit.* 7. Y en

(1) *L.* 3. *de liber. et posth.* (2) *L.* 3. §. 1. *de inoffic. testam.* (3) *L.* 19. *de liber. et posth.* (4) *Nov.* 151. *cap.* 3. (5) *Nov.* 115. *cap.* 3.

quanto á las desheredaciones de los hermanos, establece la *ley* 12. *d. tit.* 7., que puede desheredar ó preterir un hermano á otro con razon ó sin ella, con sola la limitacion de que no instituya heredero á hombre que fuese de mala vida ó infamado: en cuyo caso podria el hermano quebrantar su testamento, y haber la herencia, sino es que el hermano testador le hubiese desheredado por una de las tres causas que expresa la *misma ley* 12. (1), y la probare el heredero escrito.

24 Si el testador que tuviere descendientes, ó en su defecto ascendientes, no instituyese herederos, ni desheredase á los que estan en primer lugar, sino que les omitiese sin hacer mencion de ellos, instituyendo heredero á otro, en quanto á su herencia seria nulo el testamento, *l.* 10. *d. tit.* 7. *l.* 1. *tit.* 8. *P.* 6. Pero si les preteriera sin nombrar heredero alguno, juzgamos seria válido despues de la *ley* 1. *tit.* 18. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.*, por la qual para que el testamento valga, no es necesario que contenga institucion de heredero, como tenemos dicho arriba *tit.* 4. *n.* 3. Asi lo sienten entre otros muchos Matien. en *d. l.* 1. *glosa* 10. *n.* 49. Ayllon *ad Gom.* 1. *var. cap.* 11. *n.* 2. y Pichar. *in §. igitur quartam de inof. test.* *n.* 24. Y es la razon de la diferencia, que en este último caso se entiende el hijo instituido con la obligacion de pagar las mandas que dexó el testador, en quanto no le mengüen su legítima, y en ello no recibe agravio, como le recibiria en el primero, si en su lugar se nombrase heredero á un extraño.

25 El testamento bien hecho puede romperse ó perder su fuerza de varias maneras. Se rompe en primer lugar, si al testador despues de haberlo otorgado le naciese algun hijo que estuviese preterido, el qual naciendo lo romperia. A este hijo llaman las leyes *póstumo*, aunque con rigor solo se llaman asi los que nacen despues de muerto su padre, *l.* 20. *tit.* 1. *P.* 6. (2). Se rompe

(1) *D. Nov.* 115. *cap.* 4 *§.* 1. *et seqq.* (2) *L.* 3 *§.* 1. *de injur. rup. et irr. fac. test.*

tambien por otro testamento cumplido ó perfecto que otorgare despues el testador, *l.* 21. *d. tit.* 1. (1): porque su voluntad es tan libre en este particular, que la puede mudar siempre que le parezca, sin que hombre alguno pueda hacer testamento tan firme, que no lo pueda mudar despues quando quisiere hasta el dia de su muerte, *l.* 25. *d. tit.* 1. (2). Pero si el segundo testamento no fuese acabado ó perfecto, no romperá al primero, *l.* 23. *d. d. tit.* 1. (3). Tampoco lo romperá aunque acabado fuese, en el caso que la *ley* 21. *tit.* 1. pone por excepcion de la regla establecida en la misma, á saber, quando el testador instituyó á alguno heredero en su primer testamento, y habiendo oido nuevas que habia muerto, y creyéndolo asi otorga segundo en que diga, que por quanto no puede ser su heredero el que tiene nombrado, á causa de ser muerto, segun se ha dicho, nombra á otro; y despues fue hallado ser vivo el instituido en el primero; pues entonces valdrá este, y tendrá la herencia el que fue instituido en él, por haber sido falsa la razon en que se fundó el testador para hacer el segundo testamento; pero valdrán las mandas que hizo el testador en ambos testamentos. (4).

26 Otros tres casos propone la siguiente *l.* 22. *d. tit.* 1. *P.* 6., de los quales omitiremos el tercero, por considerarlo derogado por las *leyes* 1. *y* 2. *tit.* 18. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* Es el primero, quando el padre habiendo hecho testamento en que instituyó herederos á sus hijos hace otro segundo, el qual no romperá el primero, sino hiciere mencion de él. (5). Y el segundo, quando el primero contiene cláusula derogatoria; porque entonces para romperse por el segundo, es preciso se haga en este mencion del primero, diciendo el testador señaladamente que lo revocaba, y que no hiciesen daño á

(1) §. 2. *Inst. quib. mod. test. inf.* (2) *L.* 22. *de legat.* 3.
(3) §. 7. *Inst. eod.* (4) *L. ult. de her. inst.* (5) *Nov.* 107. *cap.* 2.

aquel testamento que entonces hacia, las palabras que hubiese dicho en el primero. Pero como esto pende de la voluntad del testador, dice el Señor Covarrub. *de testam. part.* 2. *rubr. á n.* 57., y Greg. Lop. en la *glosa* 2. *de d. l.* 22. citando á otros, que derogará el segundo al primero, siempre que se conozca por las conjeturas quererlo asi el testador. Otro modo hay de romperse el testamento sin que el testador haga otro, y solo tiene lugar en el cerrado ó escrito. Sucederia si el testador á sabiendas quebrantase el sello del Escribano, rayase las firmas ó lo rompiese; pero si esto aconteciese por casualidad, no perderia su valor, *l.* 24. *d. tit.* 1. (1). Debiendo ser tan libre la voluntad de testar, y estando tan aprobada por las leyes esta libertad, es justo sufran penas los que la embarazan. Qualquiera pues que impidiese á otro el poder testar, pierde el derecho que debia haber en los bienes de aquel á quien impidió, en qualquier manera que los debiese haber, y lo que perdiere debe ser de la Cámara del Rey, *l.* 26. *d. tit.* 1. *P.* 6. Y si teniendo Pedro voluntad de nombrar heredero á Juan ó legarle alguna cosa, se lo impidiese otro por fuerza ó con engaño, probado esto tendria obligacion de pagar á Juan el doble de lo que le hizo perder, *l.* 29. *d. tit* 1. Los modos reprobados de impedir los refiere la *ley* 27. *del mismo tit.* 1.

27. Tambien pueden rescindirse ó perder la fuerza los testamentos á instancia de los desheredados que acusan de inoficioso: esto es, hecho contra la piedad ó merced que debian guardar los testadores, el testamento en que fueron desheredados, cuya acusacion llamaron *querella inoficiosi testamenti* las leyes Romanas. Tiene lugar esta querella ó acusacion quando pretende el desheredado ser falsa la causa de desheredacion que expresó el testador, y obtendrá victoria, y se rescindirá el testamento, sino probare ser cierta el heredero institui-

(1) *L.* 2. *de his quæ in test. del.*

do á quien toca probarlo, *l.* 8. *l.* 10. *l.* 12. *tit.* 7. *d. P.* 6. (1), como insinuamos arriba *n.* 22., y en el 24. diximos tambien ser nulos los testamentos en que los ascendientes instituyendo heredero á otro, pretieren á sus descendientes, ó estos á aquellos, sin hacer mencion de ellos; y por lo mismo de no valer ó ser nada, dice la *ley* 1. *tit.* 8. *P.* 6. que no se quebrantan, pues no puede quebrantarse lo que no vale. Y asimismo diximos en el *n.* 23 al *vers. Si los padres*, ser nulos los testamentos en que los ascendientes ó descendientes desheredan sin expresar causa alguna, fundados en las *leyes* 10. *y* 11. *de d. tit.* 7., que lo prueban bastantemente; y hablando de lo mismo *d. l.* 1., dice tambien que no valen; pero si se repara con cuidado todo su contexto, parece quiere significar que no vale, prévia la rescision, esto es, que deben antes rescindirse: de modo que la qüestion de si eran nulos, ó necesitaban rescindirse tales testamentos, tan reñida, atendido el derecho Romano entre sus Intérpretes, queda á nuestro entender tambien dudosa en las leyes de las Partidas, é inclinamos mas á que necesitan de rescision. Si el desheredado callase dexando pasar cinco años desde que el heredero nombrado entró en la herencia, no podrá intentar la querella de inoficioso testamento (2), salvo si fuese menor de 25. años, que puede hacerlo durante su menor edad, y quatro años despues, *l.* 4. *d. tit.* 8. Y si el mismo desheredado aprueba el testamento, recibiendo para sí ó para otro algun legado que en él se dexaba, ó defendiendo el testamento, como Abogado ó Procurador de otro, ó le consintiese de qualquiera otra manera semejante, no podrá querellarse contra él, *l.* 6. *d. tit.* 8. (3). Si el padre instituye heredero á su hijo en porcion menor de la que se le debe por legítima, queda válido el testamento, y el hijo con derecho de

(1) *Nov.* 115. *cap.* 1. (2) *L.* 8. §. *ult. l. seq. de inof. test.*
(3) *L.* 23. §. 1. *eod.*

pedir el suplemento de su legítima; porque ni está preterido, ni desheredado, *l.* 5. *d. tit.* 8. (1). Quebrantado el testamento va la herencia á los herederos ab intestato; pero se conservan los legados que en él se dexan, *l.* 7. *d. tit.* 8. (2), y las mejoras de tercio y quinto, *l.* 8. *tit.* 6. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* (24. *de Toro*) como tenemos dicho.

TITULO VI.

DE LAS MEJORAS DE TERCIO Y QUINTO, LEGADOS, FIDEICOMISOS, LEY FALCIDIA, Y DE LOS CODICILOS.

Tit. 6. lib. 10. de la Nov. Rec. tit. 9. P. 6.

1. *De las legítimas de los hijos y de los padres; y cómo pueden disponer unos y otros de sus bienes.*
2. *Qué mejora se saca primero, la del tercio ó la del quinto.*
3. *Dónde pueden hacerse las mejoras, y quándo son revocables ó irrevocables: y de las promesas de mejorar ó no mejorar.*
4. *De qué bienes se sacan las mejoras y los legados.*
5. *Sobre el señalamiento de bienes en que han de satisfacerse las mejoras.*
6. 7. *Cómo deben imputarse las donaciones que hacen los padres á sus hijos; y la diferencia que hay en ello entre varones y hembras.*
8. 9. *Tres exemplos que explican la doctrina antecedente.*
10. 11. 12. *Cosas que no se llevan á colacion, y ni aun se imputan en mejoras en las divisiones de las herencias.*

(1) *Nov.* 115. *cap.* 1. (2) *D. Nov. cap. unde, auth. Ex causa de lib. præter.*

1 Es digno de tenerse muy presente en España el asunto de mejoras de tercio y quinto, porque apenas hay testamento de padres entre hijos que no las contenga. En él conviene saber ante todas cosas, que todos los bienes de los padres son legítima de sus hijos, á excepcion de su quinta parte, que hablando substantivadamente solemos llamar el *quinto*, el qual, y no mas pueden dexar por su alma, y á quien les parezca; *l. 8. tit. 20. lib. 10. de la Nov. Rec.* (28. *de Toro*). Y de los padres son legítima todos los bienes de su hijo que no tiene descendientes, á excepcion del *tercio*, del qual, y no de mas, tienen libertad de dispòner, como quisieren, *l. 1. tit. 20. d. lib. 10.* (6. *de Toro*). Pero aunque el padre (entiéndase siempre lo mismo de la madre) solo pueda dexar el quinto á extraños, tiene libertad para dexar el tercio á uno ó muchos de sus hijos, segun quisiere, y aun á sus nietos,

aunque á estos les viva su padre, *l.* 2. *tit.* 6. *d. l.* 10. (18. *de Toro*). Y aun añaden Molina *de Hispan. primog. lib.* 2. *cap.* 11. *n.* 5. y Covarr. *lib.* 1. *var. cap.* 19. *n.* 4. *vers. Obiter*, que en el caso de tener un padre solamente un hijo, y de él uno ó muchos nietos, podrá dar el tercio al nieto que le pareciere, cuya opinion nos parece bien, sin embargo de tener la contraria Antonio Gomez en *d. l.* 18. *de Toro*, por la razon en que la funda el mismo Covarr., que el tercio no es legítima de ningun descendiente en particular, sino de todos en comun respecto de los extraños, en quanto no puede dexarse á estos, habiendo descendientes, que es la única prohibicion que tiene el padre testador.

2 Quando el padre dexa á alguno de sus hijos el tercio ó el quinto de sus bienes, se dice, que les mejora, y de ahí viene, que el *tit.* 6. *del lib.* 10. *de la Nov. Rec.* tiene la inscripción: *De las mejorías de Tercio y Quinto*; porque con efecto los hace de mejor condicion que á los otros, en quanto á la sucesion. Si hiciere ambas mejoras, se sacará primero la del quinto, *l.* 214. *del Estilo*, que está en observancia, y parece haberse esto introducido á favor del alma del testador, como dice Gomez en la *ley* 17. *de Toro n.* 2. Pero exceptúa bien Angulo *de meliorat.* en la *ley* 9. *glosa* 2. *n.* 45. el caso en que el testador tuviese hecha de antemano irrevocablemente la mejora del tercio; porque entonces la del quinto habria de sacarse del patrimonio que le restaba al testador despues de extraida la del tercio. Y la misma antelacion de sacarse antes la mejora del tercio, tendrá generalmente lugar, como advierte Cifuentes en la *ley* 25. *de Toro*, *cerca del fin*, siempre que el testador lo quiere asi; porque estando instituido por favor del alma del mismo testador, que se saque antes el quinto que el tercio, por ser de este modo mayor, puede renunciar este favor.

3 Los padres pueden hacer estas mejoras en testamento, ó por contrato entre vivos. Si las hicieren del modo primero, las pueden variar hasta que mueran; porque

hasta entonces pueden variar el testamento, como hemos visto. Y lo mismo debe decirse si las hubiesen hecho por contrato entre vivos, sino es que hubieren entregado la posesion de las cosas que abrazan las mejoras al mismo mejorado ó á su procurador, ó á lo menos en lugar de la posesion la escritura que contiene la mejora delante de Escribano, ó finalmente sino es que la mejora se hubiese hecho por causa onerosa con otro tercero, como de matrimonio, ú otra semejante. Porque en estos casos solo podrá revocarse quando el padre se hubiese reservado derecho para ello, ó sucediere alguna de aquellas causas, en que segun nuestras leyes pueden revocarse las donaciones perfectas, hechas con arreglo á derecho, *l.* 1. *tit.* 6. (17. *de Toro*). Y en quanto á promesas de mejorar ó no mejorar establece la *ley* 6. *del mismo tit.* 6. (22. *de Toro*) estar obligado á cumplir la promesa el padre, que con escritura pública prometió á alguno de sus descendientes, que á ninguno mejoraria, y que si mejorara á alguno no valdria: como asimismo, que tambien habrá de cumplir la promesa el que la hizo á alguno de sus descendientes, de que le mejoraria por casamiento ú otra causa onerosa; y si no hiciere la mejora, se dará por hecha pasados los dias de su vida. Se exceptúa de esto último la promesa que el padre hizo á la hija por causa de dote ó matrimonio, como luego veremos.

4 Estas mejoras se regulan por lo que valen los bienes del padre al tiempo de su muerte, y no al en que se hicieron, *l.* 7. *d. tit.* 6. (23. *de Toro*). Y de ahí se toma la razon de no sacarse las mejoras de las dotes y donaciones *propter nuptias*, ni de las otras donaciones que los hijos traxeren á colacion y particion, segun lo previene la *ley* 9. *d. tit.* 6. (25. *de Toro*); porque estas saliéron ya de patrimonio del padre quando se otorgáron. Y en la misma razon se funda la *ley* 5. *de d. tit.* 6. (21. *de Toro*) en quanto dice, que los mejorados sufran por rata la obligacion de pagar las deudas del difunto, por la bien sabida regla de no decirse bienes, sino lo que so-

brare despues de haberse pagado las deudas (1). La razon de los legados y gastos del entierro es muy diferente, porque no siendo deuda que debia el difunto, ni disminuya sus bienes, sí solo carga que impone el mismo testador, se han de satisfacer de solo el quinto, *l.* 9. *tit.* 20. *l.* 10. (30. *de Toro*). Ni puede dexar de ser así, porque no pudiendo el padre imponer gravámen á la legítima de sus hijos, *l.* 11. *tit.* 4. *P.* 6. (2), y siéndolo todos sus bienes, á excepcion del quinto, como hemos dicho, es preciso se saquen de él estos gastos. Pero debemos advertir aqui la especial doctrina de la *ley* 11. *d. tit.* 6. (27. *de Toro*), que permite á los padres imponer gravámen de restitucion al tercio que dexaren á sus hijos en el siguiente órden: I. A favor de sus descendientes legítimos. II. De los ilegítimos que tengan derecho de suceder. III. De los ascendientes. IV. De los parientes. V. y último de los extraños. Cuya imposicion de gravámen perpetuo cesa en el dia por la *cédula del año* 1789. que explicamos mas abaxo en el *tit. sig. n.* 2. Por la misma razon de no ser legítima de los padres el tercio de los bienes de los hijos, nos parece bien la opinion de Covarr. en el *cap. Reynaldus*, §. 3. *n.* 4. *et Angulo de meliorat l.* 3. *glosa* 3. *n.* 7. citando á otros, de que no teniendo el testador descendientes, sino solo ascendientes, se sacarán del tercio de sus bienes estas cargas de gastos de entierro, y legados.

5 Está permitido á los padres señalar las mejoras que hiciere en la cosa cierta ó parte de su herencia que quisieren; pero no el poder cometer á otra persona alguna esta facultad, *l.* 3. *d. tit.* 6. (19. *de Toro*), que no admite, á nuestro dictámen, la restriccion de Azev. en *d. l.* 3. *n.* 32. y Angulo *de meliorat. l.* 3. *glosa* 4. *n.* 1., de que debe entenderse de la comision general, pretendiendo poder tener lugar la especial; porque debieron haber observado, que dicha *ley* 3. tuvo los mismos Autores, y fué establecida en el mismo tiempo y Ciudad de Toro,

(1) *L.* 39. §. 1. *de verb. sign.* (2) *L.* 32. *C. de inof. testam.*

que la 1. *tit.* 19. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* (31. *de Toro*); y de consiguiente, que si la intencion de sus Autores hubiese sido, que se pudiese conceder facultad especial para señalar los bienes de las mejoras, lo habrian expresado así, como lo hicieron en la citada *ley* 1. hablando de la facultad de mejorar, desheredar, y otras. Pero juzgamos no alcanzar esta prohibicion á impedir al padre que pueda cometer al mismo hijo que mejora, el que pueda señalar ó escoger los bienes en que haya de consistir la mejora, y asi vemos practicarse. Fundamos esta opinion en dos razones: I. Dicha *ley* 3. quando prohibe poderse cometer la facultad de señalar, usa de las palabras generales: *A otra persona alguna*, sin hacer la menor mencion del hijo mejorado, en quien podia haber mayor dificultad; y por ello no es creible quisiese incluirle en la prohibicion general; puesto que en la obligacion general no se comprehenden las cosas, que por no ser verosímil pensase en ellas el que se obligó, necesitan de mencion especial, *l.* 5. *tit.* 13. *P.* 5. (1), lo que con algunos símiles prueba Barbosa en el *axìoma* 106. II. Porque la facultad de señalar bienes en que consista la mejora, versa en utilidad de los mismos hijos, y de consiguiente se debe ampliar en beneficio de ellos. Y quando hubiere señalamiento de bienes, en ellos deberán pagarse las mejoras, ó en parte de la herencia del difunto, si no hubiere señalamiento, sin que les sea permitido á los demas descendientes del testador pagarlas en dinero efectivo, sino es que la cosa no tuviere cómoda division, *l.* 4. *d. tit.* 6. (20. *de Toro*). Y podrá el mejorado admitir las mejoras, aunque renunciare la herencia, pagando por rata las deudas del difunto, *l.* 5. *d. tit.* 6. (21. *de Toro*); pues deben sufrir esta carga, como diximos arriba *n.* 4, y tambien quedan válidas quando se rompe ó anula el testamento por pretericion ó exheredacion, como insinuamos en el *n. ult. al fin del título antecedente.*

6 Si el padre hiciere donacion simple á alguno de sus

(1) L. 6. de pignor.

hijos, se entiende que les mejora, aunque no lo exprese, y se imputa y aplica la donacion primeramente al tercio, despues al quinto, y lo que sobrare á la legítima, *l.* 10. *d. tit.* 6. (26. *de Toro*). Pero si la donacion fuere por causa, se cuenta primero por legítima, despues se aplica al tercio, y últimamente al quinto. Y qualquiera donacion que exceda estos cotos de legítima y mejoras de tercio y quinto, es en quanto al exceso inoficiosa, y debe restituirse á los demas interesados; porque ningun hijo puede recibir mas de la herencia de su padre, *l.* 5. *tit.* 3. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* (29. *de Toro*). Puede verse á Azev. en *d. l.* 10. *n.* 26. y á Covar. *in cap. Reynaldus* §. 2. *n.* 16. *et seqq.*, que concilian de esta manera las citadas *leyes* 26. 29. *de Toro*, que á algunos han parecido contrarias. Y adviértase, como muy digno de saberse en este particular, que ningun padre puede dar ni prometer por via de dote ni casamiento á su hija tercio ni quinto de sus bienes, ni puede esta entenderse tácita ni expresamente mejorada por ninguna manera de contrato entre vivos, so pena que lo que mas diere ó prometiere, lo haya perdido ó pierda, *l.* 6. *tit.* 3. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.*, que suele llamarse la *Pragmática de Madrid*, por haberse establecido allí en el año 1534.

7 No prohibe esta ley á los padres que mejoren á sus hijas en testamento, como no lo hagan con respecto á la dote en fraude de ella, como lo prueba Azevedo comentándola latamente, y explicando las dudas que sobre ella pueden ocurrir. En el *n.* 6. *y siguientes* exâmina con fervor la qüestion muy probable por ambas partes, de si vale ó no la promesa que el padre dotante hace á su hija y marido de ella, que no mejorará á ninguno de sus otros hijos. Apoya con muchas razones la opinion afirmativa que defiende, y refiere estar por la contraria su amigo y conciudadano Gutierrez, fundado en otras varias. Inclinamos á la de este Autor, principalmente por la poderosa razon, de que siendo el vivo espíritu de dicha *ley* 1. en todas sus partes, el coartar los excesos en las dotes.

deben interpretarse todas las dudas sobre su inteligencia, antes con estrechez, que con amplitud. La ventaja que tienen los varones sobre las hembras, de que las donaciones *propter nuptias* les pueden aprovechar para mejoras, quando á las mugeres no les pueden servir á este fin sus dotes; las compensan estas muy bien en que las dotes que se las dieren ó prometieren, quedan preservadas del vicio de inoficiosas, con tal que quépan en los bienes del padre, segun la estimacion que tenian en el tiempo en que las dió ó prometió, ó en el de su muerte, segun escogieren las mismas hijas dotadas; y en las demas donaciones se ha de atender precisamente al tiempo de la muerte, *d. l.* 5. *tit.* 3. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* (29. *de Toro*).

8 Pongamos tres exemplos, que abrazando casi toda la doctrina que hemos sentado, den mas cómoda instruccion: I. Un padre dexó tres hijos, Pedro, Juan y Diego, mejorando en el tercio á Pedro, y á Juan en el quinto. Tenia 1700. pesos: debia 200.: legó 100. y en su entierro se gastáron 50. Ante todo se pagarán las deudas, y con esta baxa quedarán 1500., de los quales tocarán á Juan 300. por su quinto, y de los restantes 1200. pertenecerán á Pedro 400. por el tercio: y los 800. sobrantes se dividirán en tres partes iguales entre los tres. Y solo Juan pagará los legados y gastos del entierro por razon de quinto; de suerte que de este, solo le quedarán 150. Si en este exemplo tuviere el testador un nieto, podrá dexarle las mejoras, y dexándole la del quinto, habria de pagar los legados y gastos del entierro. II. exemplo: El mismo padre ademas de lo referido en el primer exemplo, tuvo una hija, á la que dió en dote 400. El quinto y el tercio serán el mismo, porque no se pueden sacar de los 400. dotales. Se acumularán pues ó unirán estos 400. pesos á los 800. que quedan despues de extraidos el quinto y el tercio, y saldrá un cúmulo de 1200., que debiendo dividirse en quatro partes iguales, tocarán á cada uno 300. Y por quanto la hija tenia ya recibidos 400. habrá de restituir 100. por ser la dote en este exceso inoficiosa;

sino es que escogiere elegir el tiempo en que se dió ó prometió la dote, en el qual era tan quantioso el patrimonio del dotante, que podia bastar para dicha dote: en cuyo caso retendria los 400. dotales, y los restantes 800. se dividirian igualmente entre sus hermanos.

9 III. exemplo: El mismo padre no habiendo dexado mas hijos, que los tres referidos en el I. exemplo, habia hecho á Pedro una donacion simple de 1000. y á Juan otros por causa de 300. Pedro se entenderá mejorado en los 1000., de modo que los imputará en el tercio, quinto y legítima. Y en atencion á que las mejoras dicen solamente respecto al patrimonio del difunto al tiempo de su muerte, que segun hemos visto solo importaba 1500., será el tercio y quinto el mismo que en los dos anteriores exemplos. Se executará pues la division en la manera siguiente: De los 1500., patrimonio del difunto, tocan á Pedro 700. por su quinto y tercio; y á los 800. restantes se acumularán 1300.: importe de las dos donaciones, y saldrá el cúmulo da 2100., y dividido este en partes iguales, importará 700. la legítima de cada uno de los tres hijos. Segun esto de los 1500., importe del patrimonio del padre, se darán 400. á Pedro, que juntos con los 1000. que tenia por su donacion, forman su total haber de 1400., esto es, 700. por mejoras, y otros tantos por legítima. A Juan se le darán otros 400., que unidos á los 300. que tiene por su donacion, le forman la legítima de 700. que le corresponde. Y á Diego se le darán los 700., resto del patrimonio del difunto, que son su legítima.

10 Con lo que hemos dicho hasta aqui, está á la vista casi todo lo que debe tenerse presente para dividir entre hijos una herencia paterna. Solo falta exâminar las dudas que puede haber sobre si los hijos deben llevar á colacion para executarse ciertos bienes que tienen, ó gastos que por ellos han hecho sus padres, lo que vamos á manifestar. Es constante no deberse llevar á colacion por los hijos, los bienes que hubieren recibido de sus

Sobre si las mejoras se han de traer á colacion y particion, distinguiendo entre la mejora que procede de la donacion simple o causal

vease lo q. se dice en particular de esta, en un numero de particiones del folio 226 y 227

padres en razon de mejoras; porque la colacion está instituida para guardarse la igualdad entre los hijos, y las mejoras la destruyen. Pero las dotes, donaciones *propter nuptias*, ú otra causa que los hijos han recibido de sus padres, y no pertenecen á mejoras, es preciso las lleven á colacion, para que aumentado con ellas el patrimonio del padre, se pueda dividir con igualdad entre ellos; bien que si los hijos que las recibieron, se quisieren apartar de la herencia, lo podrán hacer, salvo que si fueren inoficiosas, habrán de tornar á los demas herederos el exceso en que lo fueren, *d. l.* 5. *tit.* 3. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* (29. *de Toro*). Y asimismo ha de llevar el hijo á colacion y particion el peculio profecticio que tuviere, *l.* 3 *tit.* 15. *P.* 6.; pero no el castrense, ni quasi castrense, ni el adventicio; porque estos le quedan libres para sí, sin derecho alguno de sus hermanos á ellos, *l.* 5. *d. tit.* 15.

11 Tambien queda para solo el hijo, sin obligacion de llevarlo á colacion, lo que el padre hubiere gastado en darle estudios, ó armarle caballero, y los libros que le dió para aprender alguna ciencia, *l.* 3. *tit.* 4. *P.* 5. *d. l.* 5. Pero quieren nuestros Intérpretes, que lo haya de imputar y tener á cuenta de mejoras, á exemplo de lo que hemos dicho de la donacion simple: lo que nos parece no ser conforme al contexto de *d. l.* 5.; porque ademas de no permitirlo aquellas palabras: *No gelas pueden contar los otros hermanos en su parte en la particion*, exclusivas de toda imputacion, vemos compararse en ella estos gastos al peculio castrense ó quasi castrense exênto en un todo de imputarse. Y aunque pudiera admitirse esta opinion en quanto á los libros, en el caso de que en sí ó equivalente existieren en poder del mismo hijo, porque aumentan su patrimonio, y puede considerarse que los tiene el hijo por donacion simple; no tiene esto lugar en los gastos del estudio, que deben reputarse alimentos ya consumidos, que no aumentan el patrimonio, y de los alimentos no hay imputacion.

Sobre este asunto vease tambien a Tapia acerca de libros [illegible] en la carrera, por todo se de tener en cuanto a razon, salvo en lo que dice que estos gastos por evitar disputas se las considera como mejoras, en lo que no estoy conforme, pues si le daria al [illegible] en el prorrateo del pago de deudas, [illegible] se las pagó imputandole mejora ó no pagar [illegible] esto ultimo es mi opinion por la razon citada folio [illegible]

21 Y por la misma razon de no aumentar el patrimonio, los Doctorados ú otros grados de las Universidades, ú otras qualesquiera dignidades que no tienen salario, ni otros frutos civiles, sí que por lo contrario son una especie de carga de honor; somos tambien de dictámen, que lo gastado por el padre en la consecucion de estos grados ú oficios, no lo debe imputar el hijo, ni aun en cuenta de mejoras, sí que antes bien, lo que se deba por esta razon, se deberá pagar de la comun herencia del padre, como lo pensó el celebérrimo Jurisconsulto Papiniano (1). Y en verdad, si la cosa se mira á fondo ¿qué otra cosa es el grado de la Universidad, que: *Premio y testimonio de idoneidad en asunto de ciencias, que uno se ha adquirido con sus propios sudores y vigilias, en beneficio de la República*? ¿Y quién no juzgará ser una cosa incivil y vergonzosa, pretender los demas hijos, que su hermano asi condecorado impute en parte suya el dinero expendido por este testimonio, que ya se consumió? Diremos pues, que si un hijo condecorado asi, fuese mejorado en tercio y quinto, sacaria sus mejoras enteras, sin que las disminuyera en parte alguna lo gastado en su grado. Asi lo dispusimos en la division de la herencia de Don Josef Perez Mesia, Corregidor que habia sido de Salamanca, que tuvimos el honor de ordenar: en la qual era uno de los herederos su hijo el Señor Don Francisco Perez Mesia, Doctor del derecho civil en la Universidad de dicha Ciudad, que murió despues Consejero del Supremo Consejo de Castilla. Y aunque uno de los coherederos manifestó disentir al principio, cedió despues á la fuerza de las razones que hemos referido, que conoció muy bien, por su notoria pericia; y no dexa de hacer al caso lo que expresa *d. l. 5. tit. 15. P. 6. al fin.*

13 El nombre general de *mandas*, de las que trata el *titulo 9. de la Partida 6.* comprehende en nuestras

(1) *L. 1. §. 16. de collat.*

leyes á lo que hablando con separacion llamamos legados y fideicomisos particulares ó singulares, que fueron ya igualados en los efectos en las leyes Romanas por Justiniano (1). Dexó sin embargo alguna muy leve diferencia, y siempre quedó que una cosa fuese legado, y otra fideicomiso. Hablaremos nosotros con esta separacion, llamando *legados* á las mandas, que dexa el testador con palabras directas; porque con efecto está mucho mas recibido en el uso el nombre *legado*, que el de *manda*. Y decimos, que legado es: *Una manera de donacion que dexa el testador ó en codicilo á alguno.* Puede hacerlo todo hombre que puede hacer testamento ó codicilo; porque en ellos deben hacerse, y pueden dexarse á todos aquellos que pueden ser instituidos herederos, bastándoles para coger el legado el tener capacidad de adquirirle al tiempo en que muriese el testador, *l.* 1. *d. tit.* 9. *P.* 6. Y para que valga el legado deberá constar ciertamente de la persona del legatario, en los mismos términos en que lo diximos del heredero al *n.* 3. *del título antecedente*, *l.* 9. *d. tit.* 9. (2).

14 Puede el testador legar las cosas suyas y las de su heredero, y tambien las agenas, esto es, que son de algun otro. Pero para que el legado de estas valga, es menester sepa el testador quando las lega, que no son suyas, sino es que las legára á persona que tuviese alleganza con él, asi como á su muger ó algun pariente, en cuyo caso valdria aunque lo ignorase, por presumirse ser esta su voluntad. Si hubiere duda de si el testador lo sabia ó lo ignoraba, toca al legatario probar que lo sabia. Y quando vale este legado, debe el heredero comprar la cosa legada, para darla al legatario, ó no queriéndola vender su dueño; ó pidiendo mas de lo que vale, dar su estimacion á juicio de dos peritos al mismo legatario, *l.* 10. *d. tit.* 9. (3). La razon de ha-

(1) §. 3. *Inst. de legat.* (2) *L.* 9. §. 8. *de her. inst.* (3) §. 4. *Inst. de legat.*

ber de probar la ciencia el legatario, es por ser el actor á quien toca la prueba, *l.* 1. *tit.* 14. *P.* 3. (1). A que se añade tener el heredero á su favor la presuncion (2). Si el testador legare una cosa empeñada, que lo estaba por tanto ó por mas de lo que ella valia, débela luir ó redimir el heredero, y darla franca al legatario, tanto en el caso que sabia estar empeñada, como si lo ignorára. Pero si estaba dada á peños ó en prenda por menos de lo que valia, solo en el caso de que supiere el testador que estaba empeñada, tendrá esta obligacion; porque si lo ignoraba, será del mismo legatario la obligacion de redimirla, *l.* 11. *d. tit.* 9. (3). Y si teniendo el mismo testador en su poder alguna cosa empeñada á su favor por dinero que hubiese dado sobre ella, la legára al que la empeñó, vale el legado para el efecto de haberse de entregar la tal cosa á aquel á quien se lega; pero queda este con la obligacion de haber de pagar á los herederos del difunto el dinero que sobre ella le habia prestado el testador, *l.* 16. *d. tit.* 9., y de consiguiente solo se entiende legado el derecho de prenda, y no la deuda. Pero si el testador tenia en su poder alguna carta ó escritura probatoria de lo que se le debia, y la legase al deudor, se entiende que lo lega ó condona la deuda, *l.* 47. *d. tit.* 9. (4).

15 No solo pueden legarse las cosas ya exîstentes, sino tambien las que estan por venir, como los frutos que han de nacer de tal campo, *l.* 12. *tit.* 9. (5). Si dixere el testador, que legaba cien pesos que tenia en el arca, los deberá dar el heredero al legatario, si con efecto se encontrasen allí; pero si se encontrare menos, cumplirá dando lo que se hallare. Y si se encuentra mas, solo debe dar los cien pesos, *l.* 18. *d. tit.* 9. la que con esta decision da mucha prueba de que en caso de duda siempre está la presuncion á favor del heredero.

(1) *D.* §. 4. (2) *D.* §. 4. (3) §. 5. *eod.* (4) *L.* 3. §. 1. *de liber leg.* (5) §. 7. *Inst. de legat.*

16 Las cosas que estan fuera del comercio de los hombres absolutamente por todo respecto, como son las sagradas, no se pueden legar; y á esta clase pertenecen de alguna manera las cosas que señaladamente son de los Reyes, como los Palacios, que no pueden enagenarse sin mandato de los mismos Reyes. Ni tampoco las que son del pro comunal de alguna Ciudad ó Villa, como las plazas y los exidos. Lo mismo sucede quando la cosa está fuera del comercio solamente por cierto respecto que está en ella misma. No valdrá pues el legado de los mármoles, pilares ó maderas que estan puestas como parte integrante de los edificios; de suerte que ni aun su estimacion deberá dar el heredero, *l.* 13. *d. tit.* 9. (1). Se ha prohibido este último legado para conservar la hermosura de la Ciudad, y precaver la fealdad de los edificios, *d. l.* 13. *l.* 16. *tit.* 2. *P.* 3. (2). Si la cosa legada mudase de condicion sin culpa del heredero, de manera que estando en el comercio quando se legó, dexase de estarlo despues al tiempo de la muerte del testador, como si siendo profana fué consagrada, no valdria el legado, quedando el heredero sin obligacion de pagar la estimacion que antes tenia, *d. l.* 13. (3). No solo puede legar el testador las cosas corporales, sino tambien las incorporales, como los derechos, deudas que se le debieren, y servidumbres en cosas suyas. Y si despues pidiere y cobrare la deuda que habia legado, se acaba el legado, pues se entiende que le revocó (4). Otra cosa seria, si el deudor la pagare de su grado ó voluntad sin habérsele pedido; porque entonces deberia el heredero dar al legatario la cosa ó estimacion que hubiese cobrado el testador, por entenderse ser la intencion de este tenerla guardada á este fin, *l.* 15. *d. tit.* 9.

17 Quando el testador legare una cosa generalmente

(1) §. 4 *Inst. de legat. l.* 41. §. 1. *cum duab. seqq. de legat.* 1.
(2) *L.* 42. *C. de ædif. privat.* (3) §. 2. *Inst. de inut. stipul.*
(4) §. 21. *Inst. de legat.*

sin señalar ninguna determinadamente, como por exemplo un caballo, será del legatario el derecho de escogerle, si el testador tenia caballos; pero no podrá escoger el mejor. Mas si no tenia, será en escogencia del heredero comprar uno comunalmente bueno, esto es, mediano ó regular, para darlo al legatario, *l.* 23. *d. tit.* 9., que pone en un siervo el exemplo que acabamos de poner en un caballo; y añade, que debe tener lugar esta doctrina en las bestias ú otras cosas semejantes, esto es, segun entendemos, que tengan sus limites por la misma naturaleza. Porque hablando en seguida en el *vers. Pero* de casas que no los tienen por naturaleza, sino por obra ó disposicion de los hombres, establece otra regla, á saber: Que si el testador lega unas casas sin señalarlas, debe dar el heredero unas de las del testador, qualesquiera que sean; y si solo tuviere algunas (usa del número plural por el singular), aquellas mismas: Y que si por ventura el testador no tuviese casas ningunas, no vale el legado (1). Si lega el testador á alguno la escogencia ú opcion de dos cosas, para que escoja la que le pareciere, no podrá el legatario arrepentirse, despues de haber escogido una (2). Y si la escogencia fuese puesta en el arbitrio ó mano de un tercero, y este no escogiere dentro de un año por no poder ó no querer, pasa al legatario el derecho de escoger, *ley* 25. *d. tit.* 9. (3).

18 Para que valga el legado, basta que el testador señale la persona del legatario, y la cosa legada, si el legado no es general, de manera que conste ciertamente de uno y otro, sin que lo embarace el haber errado en el nombre, si es de aquellos que ponen los hombres en particular por su voluntad, como si dixese Pedro al que se llama Juan, ó campo Túsculano al que se dice Ticiano, con tal siempre que conste de la persona y cosa por

(1) *L.* 13. *l.* 71. *de legat.* 1. (2) *L.* 5. *de legat.* 1. (3) *L. ult.* §. 1 *C. commun. de legat.*

otras señales ó demostraciones seguras. Pero si el error fuese en nombre general, en que acuerdan todos los hombres en todas las tierras, sin imposicion particular, como son pan, paños, laton, oro y otras semejantes, no valdria el legado, aunque quisiese probar el legatario ser la voluntad del testador que valiese en lo que era la cosa, en cuyo nombre erró, como si queriendo legar oro, le apellidase laton, *l.* 28. *d. tit.* 9. (1).

19 A las veces añade el testador en los legados algunas expresiones que forman condicion, causa ó modo. De las condiciones hablamos ya latamente en el *título antecedente*, sin que haya necesidad de añadir cosa alguna. Causa es: *Motivo de cosa pasada, que expresa el testador tener para legar*, como si dixera: *Lego á Pedro cien pesos, porque cuidó de mis negocios, ó me hizo este ó el otro servicio.* Y quando asi sucede, no impide el valor del legado el que sea falsa la causa, *l.* 20. *l.* 21. *d. tit.* 9. *P.* 6. (2). Modo es: *Expresion del fin para que se hace el legado*, por exemplo, si el testador dixere: *A Juan lego cincuenta pesos, para que me haga un sepulcro.* Y entonces debe entregarse desde luego á Juan el legado, dando fiador de que cumplirá lo que mandó el difunto, y gana su dominio luego qne lo cumpliere, ó hizo quanto estuvo de su parte para cumplirlo, *d. l.* 21. Y en todo legado de cosa cierta, que se dexa puramente ó sin condicion, pasa el dominio de la cosa al legatario luego que muere el testador, de manera que aunque él falleciese antes de entrar el heredero en la herencia, ó él en la posesion de la cosa, perteneceria esta á su heredero. Pero en los legados condicionales si muere el legatario antes de la exîstencia de la condicion, no vale el legado, y queda el dominio de la cosa legada en el heredero del testador, *l.* 34. *d. tit.* 9. (3). De cuya

(1) §. 29. *Inst. de legat. l.* 4. *de legat.* 1. (2) §. 31. *Inst. de legat.* (3) *L. un.* §§. 1. 5. *et.* 7. *C. de cad. tol. l.* 5. *quan. dies leg. v. fideic. cedat.*

doctrina hay una excepcion al fin de *d. l.* 34. de que no tiene lugar quando el legatario tuviere compañero, al que tambien se le hubiese legado juntamente la misma cosa, ó substituto; en cuyos casos, verificada la condicion perteneceria la cosa al compañero, ó al substituto (1). Si se legase el usufructo de alguna cosa, se deberá al legatario desde que el heredero entrare en la herencia, y no antes, *l.* 35. *vers. El quarto*, *d. tit.* 9 (2).

20 Si viviendo el testador tuviese la cosa algun aumento por haberse construido una casa en el lugar legado, ó añadido por aluvion al campo, ó de otra manera, será del legatario la cosa con su aumento, *l.* 37. *d. tit.* 9. (3). Los frutos de la cosa legada se le deberán desde el dia en que el heredero entró en la herencia, *d. l.* 37. en cuya *glos.* 4. juzga Greg Lop. ser muy probable, que despues de la *l.* 1. *tit.* 18. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* se le deben desde la muerte del testador. Si el testador lega á dos una misma cosa, ó bien ayuntadamente en una misma oracion, ó á cada uno de por sí, esto es, separadamente en dos oraciones, la partirán igualmente entre sí; y si uno de ellos, ó por haber muerto, ó haber renunciado su parte, no lo tomare, acrescerá al otro, *l.* 33. *d. tit.* 9. (4). Es libre el legatario en admitir ó no lo que se le dexa; pero no podrá admitir una parte de alguna cosa que se le lega, y desechar la otra, aunque sea un cuerpo que contiene en sí muchas cosas, como una manada de ganado, que tiene muchas cabezas (5): mas de sus herederos podrá uno admitir la que le toca, y el otro desechar la suya, como tambien el legatario á quien dexan muchas cosas, podrá tomar la que quisiere, y dexar las otras, sino es que le dexaren una cosa con carga, y la otra sin ella, en cuyo caso no podria tomar esta, y dexar aquella, *l.* 36. *d. tit.* 9.

21 Veamos ahora los modos por los que desfallecen ó pierden el valor los legados que lo tuvieron en su prin-

(1) *L. un.* §. 7. *C. de Cal. Tol.* (2) §. 19. *Inst. de legatis.*
(3) *D. l. un* §. 6. (4) §. 8. *Inst. de legat.* (5) *L.* 6. *de legat.* 2.

cipio. Se extingue en primer lugar el legado por la revocacion del testador, aunque la haga en codicilo, conservando el testamento en que le dexó, ó borrando la escritura en que estaba escrito, *l.* 39. *d. tit.* 9. (1). Tambien se extingue si la cosa legada se perdió, ó murió sin culpa del heredero, *l.* 41. *d. tit.* 9., y si de la cosa legada hiciese el mismo testador una nueva especie, que no pudiese reducirse al pristino estado de la materia, como de lana paños, de madera una casa, ó una nave, *l.* 42. *d. tit.* 9. (2). Y añade *esta misma ley*, que si lega el testador un carro ó carreta, se le debe dar al legatario con la bestia que la traia; y que si esta muere, se extingue el legado, sino es que el testador en su vida metiese otra en lugar de la muerta. No pone la razon, que creemos no poder ser otra, que la de considerarse la bestia lo principal, y el carro lo accesorio; pues es bien sabida la regla, de que no consistiendo lo principal, no tiene lugar lo accesorio (3). Si diere el testador la cosa que tenia legada, se entiende ó presume que lo hizo con intencion de revocar el legado, y quedará extinto. Lo contrario se presume si la vendió ó empeñó, y por ello en este caso tendrá el heredero la obligacion de dar al legatario el precio por qué fué vendida ó empeñada; bien que en uno y otro podrá probar lo contrario de la presuncion el que interesase en ello, *l.* 17. *l.* 40. *d. tit. P.* 6. (4).

22 Se extinguirá tambien el legado, si despues de hecho el testamento adquiriere el legatario el dominio de la cosa, por donacion ú otro título lucrativo, pero no si la adquiriere por oneroso, como compra ó cambio; porque entonces puede pedir al heredero la estimacion de ella, *l.* 43. *d. tit.* 9. (5). Es título lucrativo el que nada cuesta, como donacion, legado; y oneroso el que

(2) *L.* 16. *de adim. vel transf. leg.* (2) *L.* 88. *de legat.* 3.
(3) *L.* 129. §. 1. *de div. reg. jur. l.* 2. *de pecul. leg.* (4) §. 12. *Inst. de legat. l.* 8. *l.* 24. §. 3. *de adim. v. transf. leg.* (5) §. 6. *Inst. de legat.*

cuesta algo, como compra, permuta. La razon de extinguirse en el primero de los dos casos que acabamos de referir, es el axîoma, que *dos causas lucrativas no pueden concurrir en una persona acerca de una misma cosa* (1). En conformidad de esto, si dos testadores legasen á Pedro una misma cosa, cada uno en su testamento, y consiguiera en fuerza de uno de ellos su posesion y propiedad en términos de que no se pudiese quitar, nada podia pedir en su razon por el otro testamento. Pero si primeramente lograra por uno de ellos la estimacion de dicha cosa, bien podia pedir despues la cosa en virtud del otro, *l.* 44. *d. tit.* 9. (2).

23 Si legase el testador dos veces una misma cosa determinada, como una viña á uno mismo, no está el heredero obligado á darla mas de una vez; y lo mismo seria si le legara muchas veces cierta cantidad de dinero, ú otra cosa de las que se pueden contar, pesar ó medir, sino es que probare el legatario haber sido la voluntad del difunto, que se le dieran quantas veces lo espresó (3). Pero si habiéndole legado en el testamento cierta quantia, se la legára otra vez en el codicilo, se la deberá dar dos veces el heredero, salvo si probare haber sido la voluntad del testador, que solo se le diere una vez, *l.* 45. *d. tit.* 9., de suerte que en el primero de estos dos últimos casos, está la presuncion á favor del heredero, y en el otro del legatario.

24 Quando la cosa legada es cierta ó determinada, puede pedirla el legatario, ó donde morare el heredero, ó en el Lugar donde exîstiere la mayor parte de los bienes del testador, ó en qualquiera otro en que se hallare la cosa legada: y si el heredero mudase engañosamente la cosa de un Lugar á otro para hacer perjuicio al legatario, la debe llevar á su costa al Lugar de donde la traspasó, y darla al legatario. Pero si el legado fuese en

(1) *L.* 17. *de oblig. et act.* (2) *D.* §. 6. *Inst.* (3) *L.* 34. §. 3. *de legat.* 1.

general, como si el testador dixese: *Lego á Pedro un caballo*, sin expresar qual, ó legare cierta cantidad de cosa que se puede contar, medir ó pesar, podrá pedir Pedro el legado en el Lugar de la morada del heredero, ó donde estuviere la mayor parte de los bienes del difunto, ó en qualquier otro en que el heredero empezare á pagar los legados; si el testador señaló Lugar y tiempo, asi se ha de cumplir, *l.* 48. *d. tit.* 9.

25 Es muy famosa en el derecho Romano la *ley Falcidia*, establecida para menguar los legados, á fin de asegurar la adicion de la herencia, sin la qual no podia, segun aquel, subsistir testamento alguno (1). De ella se trata tambien con bastante extension en el *título* 11. *de la P.* 6. Pero como por derecho mas nuevo contenido en la célebre *l.* 1. *tit.* 18. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.*, que tantas veces hemos citado, no es hoy necesaria en España la adicion de heredero para que el testamento valga, opinó Antonio Gomez, *lib.* 1. *var. cap.* 12. *n.* 11. y otros, que en el dia no tiene lugar entre nosotros dicha ley Falcidia. Pero tenemos por mucho mas probable la opinion contraria, que latamente defienden, soltando las objeciones Pichard. *in Inst. pr. de lege Falcidia n.* 33. *et seqq.* Matienz. *in d. l.* 1. *glos.* 19. *nn.* 18. *et* 19. Molina *de Hispan. primog. lib.* 1. *cap.* 17. *nn.* 10. *et* 11. Castillo *de usuf. cap.* 60. y otros muchos. Sentada esta sentencia, decimos, que por esta ley debe quedar al heredero la quarta parte de la herencia, la qual tomando el nombre de la misma ley, se llama tambien la *quarta falcidia*. Si el testador pues consumiera todos sus bienes en legados, de modo que nada quedase para el heredero, quitará á cada legatario la quarta parte de lo que se le dexa, para formar su falcidia; y si le quedare algo, quitará á cada uno á proporcion lo que le falte para completarla. Y si el heredero fuese descendiente ó ascendiente del testador á quienes se debe su legítima en los términos que hemos expli-

(1) *Pr. Inst. de leg. Falcid.*

cado hablando de las mejoras de tercio y quinto, deberá siempre sacar dicha su legítima; pero no podrá sacar ademas la falcidia, como lo prueba bien Gregor. Lop. en la *glosa* 3. *de la ley* 1. *de d. tit.* 11. cuya *ley* establece lo que llevamos dicho; y añade, que tambien se saca la quarta de las donaciones que se hacen por razon de la muerte (1).

26 Antes de sacar el heredero su quarta, se deben baxar y pagar las deudas que debia el difunto, las despensas de su muerte, y las que se hicieren por razon del testamento, ú otros escritos pertenecientes á los bienes del mismo difunto, *l.* 2. *d. tit.* 11. (2): así lo dispone *esta l.* 2.; pero en quanto á gastos de entierro, téngase presente lo que diximos en el *tit. preced. n.* 18. que solo son carga de la herencia que baxan su valor quando á ninguno se dexa el quinto, porque si se dexare á alguno, de este y no de la herencia son cargo, *l.* 9. *tit.* 20. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* (30. *de Toro*). El valor de los bienes del difunto para sacar la falcidia, debe considerarse atendido el tiempo de la muerte del difunto; de manera que el aumento ó diminucion de su patrimonio sucedido despues de ella, es en beneficio ó perjuicio del heredero; porque á los legatarios siempre les quedaria la misma porcion que si no se hubiese aumentado ó disminuido, *l.* 3. *d. tit.* 11., que pone exemplos (3). No estan sujetos á la detraccion de la falcidia los legados siguientes: I. Los que dexa el testador á la Iglesia, Hospital de pobres, lugar religioso ú otra obra de piedad. II. Los que fueren dexados en testamento militar, *l.* 4. *d. tit.* 11. (4). III. Los de cosa cierta que hiciere el testador, prohibiendo al legatario que la venda ó enagene, *l.* 6. *d. tit.* 11. (5). Si el heredero hubiese pagado algunos legados sin sacar su quarta, creyendo ser bastante la herencia para pagar-

(1) *L.* 2. *C. de don. mort. caus.* (2) §. 2. *Inst. de leg. Falc.* (3) §. 2. *eod.* (4) *Aut. similiter C. de leg. Falc. l.* 12. *C. de test. milit.* (5) *Nov.* 119. *cap.* 11.

los así todos, deberá pagar todos los otros cumplidamente; sino es que despues que comenzó á pagar así, se descubriese alguna deuda grande del difunto, que no se supiese antes; porque entonces bien la podria sacar de aquellos legados, que todavía no hubiese pagado, *d. l.* 6. Pierde el derecho de sacar la falcidia aquel heredero que maliciosamente cancelase el testamento ó los legados para que no valiesen, y aquel que hubiese hurtado alguna de las cosas que legaba el testador, ó negase maliciosamente, diciendo ser suya propia, si fuere vencido en juicio por qualquiera de estas razones. Ni se saca tampoco la falcidia, quando lo prohibe el testador, *d. l.* 6. (1). Ni quando el heredero no hubiese hecho inventario, *l.* 7. *d. tit.* 11. (2).

27 Expuesto lo perteneciente á legados, pasamos á hablar brevemente de los fideicomisos, comprehendidos tambien como diximos en nuestras leyes baxo el nombre general de *mandas*, y con efecto, lo mismo manda ú ordena el testador unos que otros. Se dividen los fideicomisos en universales y singulares ó particulares. De los primeros hablan la *ley* 14. *tit.* 5. y la 8. *tit.* 11. *P.* 6., y de los segundos, la 3. y *algunas siguientes del tit.* 9. *de la misma P.* 6. Fideicomiso en general es: *Todo aquello que con palabras obliquas dispuso el difunto que se diese á alguno.* Universal ó hereditario es aquel en que el testador manda ó ruega al que establece heredero, que restituya la herencia á otro. Quando esto suceda, tiene el heredero derecho de retener la quarta parte de la herencia, que habiendo adoptado tambien el nombre latino, llamamos *trebeliánica*, y es muy semejante á la falcidia. Debe imputar en ella el heredero las cosas que el testador le hubiere mandado, si las hubo. Y si los frutos que tomó de la herencia miéntras la tuvo, montaren tanto como la quarta, no debe tomar cosa ninguna de la herencia, sí que la debe dar libre y entera; y si importaren menos,

(1) *Nov.* 1. *cap.* 2. (2) *L. ult. C. de jur. delib.*

los tendrá á cuenta de la quarta, y tomará de la herencia lo que le faltare para completarla. Si los frutos montaren mas que la quarta, se quedarán con todos ellos, en lugar de la quarta, si el testador señaló dia en que hubiese de restituir la herencia, y él cumplió el plazo. Pero si el testador no señaló dia cierto, y aquel á quien debia restituirse la herencia, fué negligente en pedirla sabiéndolo, tendrá el heredero los frutos sin contarles en la quarta. Y si el heredero fue rebelde, diferiendo maliciosamente la restitucion, quanto quiera que valgan mas los frutos que la quarta que debe haber, será obligado á darlos con la herencia. Toda esta doctrina es literal en *d. l.* 8. *tit.* 11. *P.* 6., la qual ademas expresa no deber entenderse en el caso de ser hijo del testador, el que debe restituir la herencia; porque este retendrá todos los frutos que hubiere percibido de la herencia sin hacer en su razon imputacion alguna en la legítima que se le debe: y lo mismo creemos deberá decirse quando el heredero fuere ascendiente del testador, por persuadirnos concurrir la propia razon de debérsele la legítima, independente de la voluntad del testador. Pero acordamos con Gregor. Lop. en la *glosa* 9. *de d. l.* 8., en conformidad de lo que diximos de la quarta falcidia *arriba n.* 25., que el hijo no podrá sacar á un mismo tiempo la legítima y quarta trebeliánica.

28 La diferencia que añade en seguida la misma *ley* 8. entre el heredero que admite la herencia por su voluntad, y el que la ade por premia de que solo aquel y no este puede sacar la quarta y tomar frutos, no tiene entrada en el dia en que cesa la precision de apremiar al heredero á que admita la herencia, por poderla admitir por sí el substituto, quando él la desecha, *l.* 1. *tit.* 18. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* Y advertimos últimamente en este particular de fideicomisos universales, que el heredero que restituye debe pagar por razon de su quarta á proporcion las deudas del difunto, *d. l.* 8. *al fin.* Fideicomiso singular es aquel en que el testador ruega al he-

redero ó á aquel á quien lega algo, dé á otro alguna ó algunas cosas singulares: en cuyo caso debe cumplir el heredero lo que se le manda, y lo mismo el legatario hasta aquella quantía que montare lo que se le legó (1). Y adviértase, que puede uno gravar con fideicomisos no solo en su testamento, sino tambien en codicilo, y tanto á los herederos ab intestato como á los testamentarios, *l.* 3. *tit.* 9. *P.* 6. (2).

29 Falta para concluir este título, que digamos algo de los codicilos La *ley* 1. *tit.* 12. *P.* 6. dice ser codicilo: *Escritura breve que hacen algunos omes, despues que son fechos sus testamentos, o antes*; y que esta escritura tiene gran pro, porque pueden los hombres crecer ó menguar las mandas que hubiesen hecho en el testamento: Y que la puede hacer el que no tiene prohibicion de hacer testamento (3): Y que tambien son dos sus especies, nuncupativo y escrito. Las solemnidades que en uno y otro deben observarse, las hemos notado en el *n* 4. *del tit.* 4. Solo pues añadirémos ahora, que en el codicilo no se puede instituir heredero directamente, ni poner condicion á la institucion hecha en el testamento (4), ni tampoco desheredar (5); pero sí que podrá darse y quitarse oblicuamente la herencia, como si alguno mandase ó rogase en él, sin haber hecho testamento, que su heredero ab intestato diese la herencia á Pedro; y lo mismo sucederia, si habiéndolo otorgado lo mandara ó rogara al heredero que instituyó; en cuyo caso deberá sacar este la quarta parte de la herencia, llamada *Trebeliánica* en latin, *l.* 2. *d. tit.* 12. *l. ult. tit.* 11. *P.* 6., cuyo nombre ha adoptado nuestro uso. En el *n.* 27. hemos dicho lo que en ella se imputa. No se rompe por otro posterior, como no aparezca querer quien lo hizo, que no valga el primero (6); ni por haberle nacido despues un hijo al que le

(1) §. 1. *Inst. de sig. reb. per fideic. rel.* (2) §. 10. *Inst. de fideic. her.* (3) *L.* 6. § 3. *de codic.* (4) §. 2. *Inst. de codic.* (5) *L.* 3. *C. de testam.* (6) *L.* 3. *C. de codic.*

otorgó á diferencia del testamento, en que sucede todo lo contrario, *l.* 3. *d. tit.* 12. como hemos visto.

TITULO VII.

DE LOS MAYORAZGOS.

Tit. 17. lib. 10. de la Nov. Rec.

1. *Los mayorazgos se semejan mucho á los fideicomisos familiares, y su definicion.*
2. *Antes se podian fundar sin licencia del Rey, pero no en el dia; y cómo subsisten los fundados antes de la prohibicion, viviendo despues de ella el que los fundó.*
3. *Orígen de los mayorazgos.*
4. 5. 6. 7. 8. *Division de los mayorazgos en varias especies, con explicacion de estas.*
9. *I. regla: varias cosas que deben observarse en los mayorazgos: Que todos se deben gobernar en caso de duda, al tenor del regular, qual lo es el Reyno de España.*
10. *II. regla: Los mayorazgos son indivisibles.*
11. *III. regla: La sucesion en los mayorazgos es perpetua; y los bienes que comprehende no se pueden enagenar.*
12. *IV. regla: En los mayorazgos deben tenerse presentes quatro cosas, línea, grado, sexô, y mayor edad.*
13. *V. regla: Concluida una línea se pasa á la otra con exclusion de los ilegítimos.*
14. *VI. regla: El hijo legitimado por subsiguiente matrimonio se entiende llamado desde su legitimacion. Y se dice lo que debe observarse en los legitimados por rescripto del Príncipe, y en el hijo arrogado.*
15. *Otras líneas que han inventado los Intérpretes.*
16. *VII. regla: La proxîmidad del parentesco se debe considerar respecto del ultimo poseedor.*

17. *VIII. regla: En los mayorazgos no se sucede al último poseedor por derecho hereditario, sino de sangre.*
18. *IX. regla: Muerto el poseedor del mayorazgo, pasa la posesion civil y natural de todos los bienes que comprehende al inmediato sucesor, por solo el ministerio de la ley, sin ser necesaria voluntad en este.*
19. *X. regla: Todas las mejoras hechas en cosa de mayorazgo ceden al mayorazgo.*
20. *XI. regla: Modos de probarse el mayorazgo.*
21. *XII. regla: Todas las leyes ceden á la voluntad del testador, que puede poner las condiciones que quisiere, como sean posibles y honestas.*
22. 23. 24. 25. *Qué sea mayorazgo incompatible, y se explican todas sus especies.*

1 Es celebérrimo en España el asunto de mayorazgos, por los muchos que hay, y las gravísimas qüestiones que sobre ellos se suscitan, y ocupan tanto á los tribunales, aunque en el dia está cortada la libertad de fundarlos, como luego veremos. Los Romanos no los conociéron; pero tuvieron fideicomisos familiares que se les asemejan lo bastante, aunque no dexan de diferenciarse en algo; y por esta semejanza, quando nuestros Autores mayorazguistas se ven apurados en las qüestiones que tratan, sin poder apoyar sus proposiciones en nuestras leyes patrias, se acogen á las Romanas que hablan de los fideicomisos. No lo reprobamos, porque faltando las leyes que nos deben gobernar, no puede negarse que tienen mas fuerza para la persuasion las sabias de los Romanos, que el modo de pensar de los Autores particulares. ¿Quién no se embelesa de ver la moralidad, justicia y finura de las sentencias de Papiniano, Ulpiano y otros, de que estas se formaron, recibidas con tanto aplauso en todas las naciones, y adoptadas en la mayor parte con respeto en las nuestras sapientísimas de las Partidas? de suerte que su insigne glosador Greg. Lop. no tuvo reparo de decir

en la *glosa* 10. *de la ley* 10. *tit.* 5. *P.* 6. no ser la intencion de estas leyes corregir las Romanas quando no lo expresan; sí que antes bien deben por ellas suplirse, entenderse y limitarse. Nuestro célebre mayorazguista Luis de Molina en su famoso tratado *de primog. Hispan. lib.* 1. *cap.* 1. *n.* 22. define el mayorazgo, diciendo ser: *Derecho de suceder en los bienes dexados con la obligacion, que se han de quedar en la familia enteros perpetuamente, y pertenecer al próxîmo primogénito por órden sucesivo.* Y añade, que no debe abandonarse esta definicion por el motivo de haber algunos mayorazgos en que no sucede el primogénito, sino el segundogénito y otros que no son perpetuos, sino temporales; porque estos modos de suceder, ó no son mayorazgos, ó quando mas lo son impropios. Y por otra parte las definiciones en el derecho todas son peligrosas (1); pues no pudiéndose formar con la exâctitud y escrupulosidad, que las de filosofía, basta que expliquen la esencia y naturaleza ordinaria de la cosa.

2 Antes no era necesaria la licencia del Rey para fundar mayorazgos, como lo prueba Molina en *d. cap.* 1. *n.* 25. Pero por *Real cédula de* 14. *de Mayo de* 1789. *que es la ley* 12. *tit.* 17. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* se manda, que en adelante no se puedan fundar mayorazgos, aunque sea por via de agregacion ó de mejora de tercio y quinto, ó por los que no tengan herederos forzosos, ni prohibir perpetuamente la enagenacion de bienes raices ó estables, por medios directos ó indirectos, sin preceder licencia del Rey, la qual se ha de conceder á consulta de la Cámara, precediendo conocimiento de si el mayorazgo ó mejora llega ó excede, como deberá ser, á tres mil ducados de rentas; si la familia del fundador por su situacion puede aspirar á esta distincion, para emplearse en las carreras militar ó política con utilidad del estado, y si el todo ó la mayor parte de los bienes consiste en raices,

(1) *L.* 202. *de div. reg. jur.*

lo que se deberá moderar disponiendo que las dotaciones perpetuas se hagan y sitúen principalmente sobre efectos de rédito fixo, como censos, juros, efectos de Villa, acciones de Banco, ú otros semejantes, de modo que quede libre la circulacion de bienes estables, para evitar su pérdida ó deterioracion, y solo se permita lo contrario en alguna parte muy necesaria, ó de mucha utilidad pública. Y se declaran nulas las vinculaciones que en adelante se hicieren en contrario, con derecho á los parientes inmediatos del fundador para reclamarlas y suceder libremente. Posteriormente se expidió *otra cédula de* 3. *de Julio de* 1795. que es la *ley* 13. *d. tit.* en que se declaran válidas las vinculaciones hechas con anterioridad á la otra citada del año 1789., aunque los fundadores murieren despues. Y en 24. de Agosto del mismo año 1795. *que es la ley* 14. *d. tit.* se mandó en *otra cédula*, que las referidas vinculaciones anteriores á la prohibicion del año 1789. deben estar sujetas al pago de 15. por 100. para aumentar el fondo de amortizacion de Vales Reales; como tambien las nuevas que se hicieren con Real licencia en los términos que la permite la expresada de 14. de Mayo de 1789.

3 El citado Molina en dicho *lib.* 1. *cap.* 2. deriva el orígen de los mayorazgos de la ley divina; porque ya en el *cap.* 25. *del Génesis* se hace mencion de la venta del derecho de primogenitura que Esaú hizo á su hermano Jacob, y en el 27. se lee, que Isaac concedió su bendicion y derecho de primogenitura á su hijo Jacob: cuyo orígen comprueba la *ley* 2. *tit.* 15. *P.* 2. refiriendo varias cosas en honor de los primogénitos. Pero esto lo entiende rectamente de los mayorazgos ó primogenituras tomados generalmente; porque segun el mismo prueba en *d. lib.* 1. *cap.* 1. no puede dudarse de que nuestros mayorazgos se diferencian mucho de aquellas primogenituras. Por lo qual contraidos á los mayorazgos de España, diremos con el mismo Molina en *d. lib.* 1. *cap.* 2. desde el *n.* 7. que se derivan del mismo Reyno de España, y

el modo de suceder en él, establecido en la citada *ley* 2. *tit.* 15. *P.* 2.

4 Los mayorazgos considerados latamente, en quanto comprehenden tambien á los impropios, se dividen en regulares é irregulares. Regulares son aquellos: *En que se sucede segun el órden prescrito para la sucesion de este Reyno*, en *d. l.* 2. *tit.* 15. *P.* 2. Y por lo contrario irregulares aquellos: *Cuya sucesion se desvia poco ó mucho del modo de suceder señalado en la misma ley* 2. De estos refiere nueve especies principales Roxas de Almansa *de incompatibil. disp.* 1. *quæst.* 1. *n.* 3. á saber: I. De agnacion verdadera. II. De agnacion fingida ó artificiosa. III. De masculinidad nuda. IV. De femineidad. V. De eleccion. VI. Alternativos. VII. Saltuarios. VIII. De segundogenitura. IX. Incompatibles. De todos los quales vamos á dar alguna nocion.

5 El de agnacion verdadera ó rigurosa es aquel: *A cuya sucesion son admitidos únicamente los varones descendientes de varon en varon del fundador, sin mediar hembra alguna.* La *ley de las XII. tablas*, tan famosa en el derecho Romano, hizo tal distincion entre la agnacion y cognacion, que llamaba á la legítima sucesion y tutela á los agnados, y excluia totalmente á los cognados, aun en el caso de no haber agnados, de suerte que ni aun á los hijos admitia á la sucesion de sus madres. Este rigor se fué templando poco á poco por varios senadosconsultos; y despues los Pretores llamaron tambien á la sucesion á los cognados, aunque en órden posterior, hasta que desagradado Justiniano de esta diferencia, la abolió enteramente, haciendo una masa de agnados y cognados, llamandolos indiferentemente (1). Esta abolicion ha sido adoptada por nuestras leyes, que llaman tambien con indiferencia á agnados, esto es, parientes de parte de padre, que son de la misma familia y apellido, y á los cognados que lo son de parte de madre, y

(1) *Nov.* 118. *capp.* 4. *et* 5.

de consiguiente de familia distinta. Pero sin embargo de esta indiferencia en nuestras leyes, nos manifiesta la experiencia, que animados muchos hombres, y con especialidad los de superior gerarquía, del espíritu de un amor preferente hácia sus agnados, les anteponen en todo á sus cognados; y aun otros llamando á aquellos, excluyen del todo á estos, respirando el mismo humor que la *ley de las XII. tablas*, que solo atendia á la conservacion del honor y riquezas de la familia, sin hacer caso de la cognacion. Y como nuestras mismas leyes se han esmerado tanto en sostener la voluntad de los testadores, con notable exceso á las Romanas, como lo hace ver á todas luces, entre otras, la 1. *tit.* 18. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* que tantas veces hemos alabado, no es de extrañar que se observen entre nosotros tantos mayorazgos de rigurosa agnacion en que esten excluidas del todo las hembras y sus descendientes, aunque lo sean tambien del mismo fundador, y estos son los que llamamos de agnacion rigurosa ó verdadera.

6 De agnacion fingida ó artificial se llama aquel mayorazgo: *Á cuya sucesion llama en primer lugar el fundador á un cognado suyo, ó algun extraño, ó tal vez á una hembra, previniendo que despues sucedan al primer llamado sus hijos y descendientes varones de varones.* Se dice así, porque el fundador que no tiene agnacion propia en que perpetuar su mayorazgo, la finge y la llama. Pues por lo regular los que les fundan exîgen, que los poseedores lleven siempre su apellido y armas: flaqueza humana, de que adolecen algunos hombres. Roxas de Almansa, en *d. quæst.* 1. §. 4. *n.* 103. lo ilustra con los exemplos de la legitimacion por oblacion á la Curia, y de la adopcion. Y añade, que á las veces fundan tambien estos mayorazgos algunos que teniendo agnados verdaderos, lo disponen así, faltando estos, y lleva en exemplo de esto *la ley* 5. *t.* 1. *lib.* 3. *de la Nov. Rec.*, que varió de esta suerte la sucesion de nuestra Monarquía. Mayorazgo de pura ó simple masculinidad es aquel: *Á cuya suce-*

sion se admiten solamente los varones, sin distincion de si vienen por varon ó por hembra. Y de femineidad aquel: *En que solamente suceden las hembras, ó por lo menos son preferidas á los varones.* Tres de sus especies refiere Roxas en *d.* §. 4. *n.* 150. Convendria tal vez reformar todos los de esta clase, reduciéndolos á la de regulares, porque léjos de contribuir á mantener el lustre de honor y riquezas en una familia que debe ser el fin de todos los mayorazgos; hacen necesariamente saltuario este lustre de familia en familia, con las malas conseqüencias que es fácil considerar. Estos son mis clamores siempre que oigo hablar de uno de esta especie, que fundó como unos 50. años há en esta Ciudad de Valencia Doña Vicenta Romeu, viuda de Don Joseph Mallent, sin embargo de tener á la sazon tres hijos varones.

7 Mayorazgo de eleccion ó electivo se llama aquel: *En que su poseedor tiene facultad concedida por el fundador, de elegir en sucesor al hijo ó pariente suyo que le pareciere, con tal que exîstiendo parientes del fundador sea uno de ellos.* La facultad, aunque esté indefinidamente concedida, no es tan libre que pueda el poseedor elegir á un extraño, habiendo parientes del fundador, como lo resuelve Roxas de Almansa en *d. qüestion* 1. §. 6. *n.* 159. citando á muchos, y entre ellos á Aguila, que refiere haberse decidido así en un mayorazgo *de los Ibarras.* Mayorazgo alternativo, ó de alternativa naturaleza es aquel: *A cuya sucesion llama el fundador á uno de una línea durante su vida, y despues de su muerte á otro de otra línea, mandando que así siga en adelante la sucesion, alternando las líneas.* Saltuario llaman los Autores á aquel mayorazgo: *En el qual no se atiende á la primogenitura, sino solo á la prerogativa de mayor edad entre todos los parientes del fundador, de manera que muriendo el poseedor, sucede el mas viejo de los parientes, aunque no sea hijo ó descendiente del último poseedor, que haya muerto con ellos.* Se dice saltuario, por-

que en él la sucesion no sigue por líneas como los otros, sino que salta de una en otra, esto es, busca siempre la mayor edad, sin atenderse á líneas, y por ello se suele tambien llamar *de hecho.* La irregularidad de estos dos últimos mayorazgos participa algo del defecto que hemos notado en el de femineidad. Mayorazgo de segundogenitura propia se llama aquel: *A cuya sucesion son siempre llamados los segundogénitos, por órden sucesivo*: cuyo uso es muy raro. Quando el fundador llama al segundogénito por primera vez, y despues á los descendientes de este por órden de primogenitura, solo puede decirse impropiamente de segundogenitura; porque el órden perpetuo de suceder, en que consiste la esencia del mayorazgo, es de primogenitura. El uso de estos ya no es tan raro, porque ocurren á las veces muchas razones que lo persuaden. Y finalmente, mayorazgo incompatible es aquel: *Que no puede estar juntamente con otro en una misma persona*: de los quales hay varias especies como luego veremos. La irregularidad de estos consiste solamente en la incompatibilidad; porque nada impide que en lo demas sean regulares.

8 Las especies de mayorazgos irregulares que hemos referido hasta aquí, son las principales, conocidas por los Autores por sus propios nombres que hemos notado. Hay otras muchas mas que no lo tienen, y tantas quantas se antojen á los fundadores, que pueden poner los llamamientos y condiciones que les pareciere, con tal que sean posibles y honestas. A qué especie pertenezca el mayorazgo, es tratado largo, que contiene muchos y difíciles casos; y por ello excede los límites de un Institutista. Los mas freqüentes se pueden ver en Roxas de Almansa, que les exâmina latamente en toda *d. question* 1. *disp.* 1., en Molina, Torre y otros, que han escrito largamente de mayorazgos. Solo pues expondremos las reglas principales de los mayorazgos regulares, tocando muy poco de los irregulares.

9 Sea pues la I. regla: El Reyno de España es un

verdadero mayorazgo, cabeza de todos los demas mayorazgos, que como á miembros se derivan y toman de él la razon ó modo de suceder, de manera que en caso de duda, el mayorazgo se reputa regular, *l.* 8. *t.* 17. *l.* 10. *de la Nov. Rec.* Y si se disputa sobre el órden de suceder, se debe decidir la causa segun las leyes de suceder establecidas para la sucesion del Reyno, como enseñan Molina *lib.* 1. *de primog. cap.* 2. *n.* 16. *y siguientes*, y otros. Pero debemos advertir, no entenderse por estas leyes *la* 5. *tit.* 1. *lib.* 3. *de la Nov. Rec.*, que hemos citado en el *n.* 6.; porque esta solo dice respecto á la sucesion de la Monarquía, sin que sirva de exemplo á los mayorazgos regulares, que siempre se gobiernan por lo establecido en la referida *ley* 2. *tit.* 15. *P.* 2.

10 II. regla: Los mayorazgos por su propia naturaleza son indivisibles; no solo porque tambien lo es el Reyno cabeza de todos los mayorazgos *d. l.* 2., sino tambien porque el fin principal de los mayorazgos es para conservar la memoria y lustre de la familia, el qual como tambien lo pingüe de los patrimonios, se destruyen por la division. Cuya regla debe tambien entenderse en quanto al exercicio, administracion ó comodidad del mayorazgo; porque como en él se sucede por derecho de primogenitura, repugna qualquiera division, como lo enseña Molina en *d. lib.* 1. *cap.* 11. Solo un caso rarísimo exceptúa el mismo en el *lib.* 3. *cap.* 1. *n.* 19., de que naciesen dos varones, ó no estando varones, dos hembras en un parto, y en tales circunstancias, que no se pudiere saber quién nació primero: en el qual el mayorazgo y demas derechos de primogenitura se habrian de dividir entre los dos, *l.* 12. *tit.* 33. *P.* 7.

11 III. regla: La sucesion en el mayorazgo es perpetua en todos aquellos que vienen de la familia del fundador. Por ello si este solamente hubiese llamado á su hijo primogénito y á sus descendientes, sin hacer mencion de sus otros hijos, no deberá creerse ser su voluntad, que faltando la descendencia del primogénito, que-

dasen sus bienes libres, si dexara otros descendientes suyos; sí que por lo contrario se entenderá que tambien llamó á estos. De suerte, que de sola la palabra *mayorazgo*, se infieren todas las sucesiones que son necesarias para su perpetuidad en la familia del fundador. Las razones son las mismas que las de la regla antecedente, Molina *d. lib.* 1. *cap.* 4. Gomez en la *ley* 40. *de Toro n.* 64. y otros. De ahí viene, que los bienes mayorazgados son por su naturaleza inagenables. Solo el Rey puede conceder facultad para enagenarles, y lo suele hacer quando lo exige la pública causa, ó la necesidad ó utilidad del mismo mayorazgo. Causa pública es aquella, que directamente mira á la utilidad pública. Y necesidad ó utilidad del mayorazgo la hay, quando las cosas en que consiste el mayorazgo han de perecer ó arruinarse si no se reparan; ó se ofrece ocasion de permutarlas con evidente utilidad del mismo mayorazgo. Y esta facultad no se concede sino con conocimiento de causa, y citado primero el inmediato sucesor, Molina *lib.* 4. *cap.* 3. y en el *cap.* 7. *n.* 4. *y siguiente* añade, que esta facultad no se pone en execucion, sino faltando bienes libres, aun quando no se exprese esta circunstancia en la concesion. Y de esta regla nace, que los bienes de mayorazgo no pueden usucapirse ó prescribirse por la prescripcion de 10. ó 20. años; y lo mismo nos parece debe decirse de la prescripcion de 30. ó 40. años, por las buenas razones con que funda esta opinion Antonio Gomez en *d. l.* 40. *de Toro n.* 90. Pero añade allí mismo, tener lugar la prescripcion inmemorial; y en esto todos convienen, por el motivo que el haber pasado tanto tiempo, hace presumir que concurrió la licencia del Rey, y todo lo necesario para la enagenacion, Molina *lib.* 4. *cap.* 10. Greg. Lop. en la *glosa* 3. *al fin de la ley* 10. *tit.* 26. *P.* 4. en donde da tambien la razon que suele darse, que esta prescripcion tiene fuerza de privilegio (1).

(1) L. 3. §. 4. *de aq. quot. et æst.*

12 IV. regla: En los mayorazgos deben tenerse presentes quatro cosas, que recomienda mucho Molina en el *lib.* 3. *cap.* 4. *nn.* 13. *y* 14. diciendo deben conservarse en la memoria. La primera, la línea, para que los de la línea del último poseedor sean primero, que los de las otras líneas. La segunda, el grado, esto es, que el mas próxîmo pariente de dicho poseedor excluye al mas remoto. La tercera, el sexô; porque siempre el varon excluye á la hembra siendo de la misma línea y grado. Pero si la hembra fuese de mejor línea y grado, no se entenderá excluida por los varones mas remotos, antes se preferirá á ellos, y se juzgará llamada, especialmente despues de la *ley* 8. *tit.* 17. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.*, que en los mayorazgos que despues de ella se fundaren, esto es, despues del dia 5. de Abril de 1615. que es el de su fecha, no quiere sean excluidas las hembras, si no fuere en caso, que el fundador las excluyere, y mandare que no sucedan, expresándolo clara y literalmente, sin que para ello basten presunciones, argumentos ó conjeturas por precisas, claras y evidentes que sean. Y la quarta, la mayor edad en los que son iguales en línea, grado y sexô. Y adviértase por lo tocante á la proxîmidad, que en la sucesion de los mayorazgos siempre tiene lugar la representacion, no solo en la línea, sino tambien en la transversal; y de ahí es, que los hijos ocupan siempre el grado y lugar de sus padres, aunque estos hubiesen muerto antes de fundarse el mayorazgo, sino es que el fundador previniera lo contrario con palabras claras y literalmente, sin bastar argumentos ni conjeturas por mas claras y evidentes que fueren: lo que manda observarse así la *ley ult. d. tit.* 7. en los mayorazgos que en adelante se fundaren. Dicha ley tiene la misma antigüedad del dia 5. de Abril de 1615.

13 V. regla: Acabada la línea del primogénito, se pasa á la del segundogénito, y así en adelante á la del tercero ó quarto, Molina *lib.* 3. *cap.* 6. *nn* 30. *y* 31.; y los que estan en la línea recta del fundador, se prefieren á

los demas. Pero debe advertirse, que para tener lugar esta prelacion, es menester que los de dicha línea sean legítimos, aun en el caso que el fundador hubiese llamado simplemente á sus deecendientes, sin añadir *legítimos*; porque quando se trata del honor de la familia, como en los mayorazgos, baxo la apelacion de hijos, no se entienden los ilegítimos, Greg. Lop. en la *glosa* 10. *quæst.* 8. *v. Et quod de d. l.* 2. *tit.* 15. *P.* 2. Mol. *d. lib.* 3. *cap.* 3. *n.* 45. Y adviértase, que por hijos legítimos se entienden no solo los nacidos de legítimo matrimonio, sino tambien los que nacieron de putativo, contraido segun los ritos de la Santa Iglesia, ignorando los contrayentes, ó alguno de ellos el impedimento que tenian para contraerle, *l.* 1. *tit.* 13. *P.* 4., lo que dice Molina, *d. lib.* 3. *cap.* 1. *n.* 15. deberse ampliar al caso en que hubiese dicho el fundador, que solo debian suceder los nacidos de legítimo matrimonio.

14 VI. regla: El hijo legitimado por subsiguiente matrimonio, se entiende llamado á la sucesion desde el tiempo de su legitimacion, esto es, en que sus padres contraxeron el matrimonio. Y de consiguiente, si su padre antes de este matrimonio, nacido ya el ilegítimo, hubiese contraido otro, y tenido de él un hijo legítimo, este se considerará el primogénito, y será preferido al legitimado. Y es la razon, porque habiéndose ya radicado en el legítimo por su nacimiento el derecho de primogenitura, seria cosa inicua privarle de este derecho adquirido tan justamente con esperanza tan considerable. Ni debe retrotraerse la legitimacion en perjuicio del hijo legítimo, Molina *d. lib.* 3. *cap.* 1. *n.* 7. Antonio Gomez latamente en la *ley* 9. *de Toro n.* 63. *y siguientes*, citando á otros. Si el hijo fuere legitimado por rescripto del Príncipe, le excluirán de la sucesion todos los parientes de la familia del fundador, ó que desciendan de él, como puede verse en el Hermenegildo de Roxas *de incompatibilit. part.* 1. *cap.* 6. §. 6. Molin. *lib.* 1. *cap.* 4. *n.* 44. *y lib.* 3. *cap.* 3., que exâminan con extension este asunto. Y el hijo ar-

rogado ó adoptivo está enteramente excluido, el mismo Rox. *d. part.* 1. §. 10.

15 Ademas de las líneas recta y transversal de parentesco, que á todos son notorias, han inventado otras los Intérpretes, dándoles nombres, como son la actual ó efectiva, habitual, paterna, materna, contentiva, de substancia, qualidad, simple masculinidad, femineidad y eleccion. Las explica dicho Roxas en el citado *cap.* 6. latísimamente. Todas pertenecen á la recta, ó á la transversal; y las omitimos aquí, porque contienen mas confusion que provecho; y con dificultad se decidirá por ellas algun caso, que no puede resolverse por las claras reglas que ponemos.

16 VII. regla: La proxîmidad de parentesco, por cuya razon se sucede en los mayorazgos, se ha de considerar respecto del último poseedor, y no del fundador, *d. l.* 2. *tit.* 15. *P.* 2. y en ella Greg. Lop. *glosa* 18. *al fin*, y mas claramente en la *ley* 9. *tit.* 1. *P.* 2. allí: *O alguno de los otros, que son mas propinquos parientes de los Reyes al tiempo de su finamiento.* Y tiene lugar esta regla tambien en los laterales; pero solo en el caso, que el mas próxîmo del poseedor fuese de los parientes del fundador; porque á estos solos pertenece la sucesion de los mayorazgos, Mol. *d. lib.* 3. *cap.* 9. *n.* 2.

17 VIII. regla: En los mayorazgos no se sucede al último poseedor por derecho hereditario, sino de sangre, *d. l.* 2. allí: *Do quier que el señorío hubieron por linage, e mayormente en España*, *l.* 9. *tit.* 7. *P.* 2. allí: *Por razon de linage.* Y de ahí es, que el mayorazgo pertenece al primogénito del poseedor, aunque este le hubiese desheredado. Pero respecto del fundador, todos suceden por derecho hereditario; porque le consiguen por su voluntad, Molin. *d. lib.* 1. *cap.* 8. *n.* 10. De esto se infiere, que el poseedor deberá pagar todas las deudas á que está tenido el fundador, sino es que las hubiese contraido despues de fundado irrevocablemente el mayorazgo; y por lo contrario no estará obligado á satisfacer las que con-

trajo su antecesor, como no esten contraidas por necesidad precisa en conservar los bienes del mayorazgo, Mol. *d. l.* 1. *cap.* 10., que todo lo emplea en tratar de este asunto, resolviendo muchos casos que se propone. Antonio Gomez en la *ley* 40. *de Toro n.* 72. en donde habla tambien latamente. Allí lo podrá ver quien lo necesite, porque nuestro instituto no nos permite tanta discusion de casos.

18 IX. regla: Muerto el poseedor del mayorazgo, pasa por virtud del mismo derecho ó ministerio de la ley la posesion civil y natural de todos los bienes pertenecientes á él, al sucesor, sin ningun acto de aprehension, aunque algun otro haya tomado la posesion de ellos, en vida del tenedor del mayorazgo, ó el muerto, ó el mismo tenedor le haya dado la posesion de ellos, *l.* 1. *tit.* 24. *lib.* 11. *de la Nov. Rec.* (45. *de Toro*). Y por quanto esta posesion se adquiere por el solo ministerio de la ley, sin ser necesaria cosa alguna del sucesor, la llaman los Autores *civilísima*, y dicen unánimes tener lugar aunque el sucesor lo ignore, ó sea infante, furioso, mentecato ó póstumo, Mol. *d. lib.* 3. *cap.* 12 *n.* 24. Gom. en *d. l.* 45. *de Toro, n.* 112. Mieres *de majorat. part.* 3 *quæt.* 2. Y tambien en los mayorazgos fundados sin licencia del Rey, como lo prueban Mol. *lib.* 1. *cap.* 1. *desde el n.* 25. y Covar. *lib.* 3. *var. cap.* 5. *n.* 5. contra Anton. Gom. en *d. l.* 45. *n.* 116. Y tiene extension á la quasi posesion de las cosas incorporales ó derechos, Mol. *d. cap.* 12. *n.* 23.; y asi lo prueban las mismas palabras de la ley, allí: *O de otra qualquier calidad que sean.*

19 X. regla: Todas las fortalezas, cercas y edificios que se hicieren en las casas de mayorazgos, labrando, reparando, reedificando en ellas, son del mismo mayorazgo, cuyo sucesor sucede tambien en ellas, sin que sea obligado á dar parte alguna de la estimacion de dichos edificios á las mugeres de los que los hicieron por razon de gananciales, ni á sus hijos, ni á sus herederos, *l.* 6. *tit.* 17. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* (46. *de Toro*). Solo habla

esta ley de las mejoras y gastos hechos en los edificios, en los términos que acabamos de referir. Pero sin embargo es mas probable la opinion de los que juzgan debe entenderse generalmente en todos los bienes del mayorazgo, y que habla de los edificios por exemplo, como que es lo mas regular; por no poderse señalar razon de diferencia entre bienes y bienes, Mol. *d. lib* 1. *cap.* 26. *n.* 15. *y siguientes*. Azev. en *d. l.* 6. *n.* 2. Algunos han querido notar sin razon de injusta esta ley, que segun prueban bien dichos Autores, Antonio Gom. en *d. l.* 46. *n.* 4. y otros, tiene justicia.

20 XI. regla: El mayorazgo, segun la *ley* 1. *tit.* 17. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* (41. *de Toro*), se puede probar por tres modos: I. Por la escritura de la institucion de él, con la escritura de la licencia del Rey que la dió. II. Por testigos que depongan del tenor de dichas escrituras. III. Por costumbre inmemorial probada con las calidades que incluyan haber tenido y poseido los pasados aquellos bienes por mayorazgo, esto es, segun las reglas de mayorazgo; y que los testigos sean de buena fama, y digan, que así lo vieron ellos pasar por tiempo de 40. años, y así lo oyeron decir á sus mayores y ancianos, y que ellos siempre asi lo vieron y oyeron, y nunca vieron ni oyeron decir lo contrario, y que asi es la pública voz y fama y comun opinion entre los vecinos y moradores de aquella tierra. Este es el tenor de *d. l.* 1. sobre el qual advertimos con Molina y otros, que el I. de dichos tres modos habla solamente de los mayorazgos fundados con licencia del Rey, en los quales es absolutamente necesaria la escritura en prueba de dicha licencia; pero en los fundados sin esta licencia, como antes se podia hacer y hacia, no es precisa, Mol. *lib.* 2. *cap.* 8.; bien que añade en el *n.* 9. ser muy raro que se funde sin escritura, y que no le consta haber sucedido: que el modo II. se entiende quando habiéndose perdido la escritura deponen de su tenor los testigos, que la vieron, y que constaba de todas las partes y circunstancias necesarias, y que no estaba

cancelada ni viciada en parte alguna, Azev. en *d. l.* 1. *n.* 6. *y siguientes*: que la escritura con que quiera probarse el mayorazgo, no es menester que sea pública; porque la ley solo requiere que haga fe, allí: *Siendo tales las dichas escrituras, que hagan fe*; y es bien sabido que algunas escrituras privadas la hacen, Mol. *d. cap.* 8. *n.* 10.: que dichos tres modos estan puestos por via de exemplo, y no taxâtivamente, pues podrá probarse por otros, de los quales refiere varios Molina, *d. cap.* 8. *n.* 5.: que el modo de probar la prescripcion inmemorial que refiere esta ley, dice Azevedo en su comentario *n.* 27. citando á Burgos de Paz y Cov., ser peculiar en este asunto; porque en los otros no es menester, que digan los testigos, que asi lo oyeron á sus mayores y ancianos; y con efecto dice Covar. en el *cap. Possesor part.* 2. §. 3. *n.* 7., que así está admitido en la práctica. Y convendria tal vez mucho se mandara omitir esta circunstancia; porque incluyéndola los litigantes en sus preguntas, la contestan los testigos ignorándola, ó no advirtiéndola, como varias veces nos lo ha hecho ver la experiencia.

21 XII. y última regla: En los mayorazgos todas las reglas ceden á la voluntad del fundador, *l.* 5. 17. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* Es pues permitido á los fundadores poner las condiciones que les parecieren, posibles y honestas, obligando de tal modo á su cumplimiento, que no cumpliéndolas pierda el mayorazgo aquel á quien tocaba por derecho de sangre: lo que dice ser indubitable Molina *d. lib.* 2. *cap.* 12. *n.* 34, en donde exâmina tambien quando son condiciones las leyes ó adyecciones que pone, y quando son modos. Y de ahí viene ser inumerables las especies de mayorazgos irregulares, que suelen llamarse de cláusula. Las 12. reglas que aqui van puestas, y hemos formado con el posible cuidado, entresacándolas de las mismas leyes y nuestros Autores mas célebres, están acomodadas á los mayorazgos regulares, y son como sus primeros elementos, y sirven tambien para los irregulares, á excepcion de la circunstancia por la qual lo son; porque

en las demas siguen la naturaleza de los regulares: como por exemplo, en el de femineidad, cesa sola la regla de preferir el varon á la hembra, y las demas se observan.

22 En conclusion del asunto de mayorazgos, pasemos á exâminar algunas cosas dignas de saberse, que ocurren en los incompatibles. Mayorazgo incompatible diximos arriba *n.* 7. ser aquel que no puede estar juntamente con otro en una misma persona. Son varias sus especies. En primer lugar es la incompatibilidad, ó por la ley ó por el hombre: En segundo es expresa ó tácita: en tercero es personal, ó real ó lineal: en quarto es absoluta ó respectiva: y quinto y último es, ó para adquirir ó para retener. Incompatibilidad por la ley es la que establece la *ley* 7. *tit.* 17. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* mandando, que si por causa de matrimonio se unen dos mayorazgos, de los quales el uno tenga al año la renta de dos cuentos, esto es, 58823. reales, ó 5347. ducados, 6. reales y 18. maravedises, como lo explica Herm. de Roxas *de Incomp. part.* 8. *cap.* 1., se deben dividir entre los hijos, dando al primogénito la eleccion para que elija el que quisiere, y pasando el otro al segundogénito, y faltando él á la hija. Y si de dicho matrimonio hubiese un solo hijo, tendrá los dos, difiriéndose la division para sus hijos. Si tiene ó no lugar esta incompatibilidad en el caso de juntarse dos mayorazgos no por matrimonio sino por derecho de sucesion, es cuestion harto difícil, que tiene por una y otra parte muchos patronos, exâminada latamente por Herm. de Roxas en *d. part.* 8. *cap.* 1. *n.* 26. *y sig.*, y por el otro Roxas *disp.* 3. *qüest.* 2. *desde el n.* 5., en donde juzga mas verdadera la opinion negativa; y desde *el n.* 10. explica, que sí que alcanza á aquellos mayorazgos, que despues de contraido el matrimonio se defieren al marido ó á la muger. Pero añade el mismo Roxas de Almansa en *d. disp.* 3. *qüest.* 9. *n.* 14. no estar en uso esta incompatibilidad. Incompatibilidad por el hombre es: *La que viene por voluntad del fundador.*

23 Incompatibilidad expresa es: *La que con palabras*

de la ley ó del fundador se expresa: qual es la legal que hemos explicado. Tácita: *La que no expresándose con palabras, se infiere de las condiciones ó gravámenes puestos en la fundacion.* Sucede esto quando el fundador pone la condicion, que el poseedor haya de llevar sus armas solas, sin mezcla de otras: en cuyo caso será incompatible con otro que deba llevar las de su fundador; porque es imposible llevar las solas armas de uno, y al mismo tiempo las de otro, Herm. de Rox. *part.* 1. *cap.* 1. *n.* 32.

24 Personal incompatibilidad es: *La que impide á una sola persona que tiene un Mayorazgo, que pueda tener otro, pasando su derecho en quanto al que no quiere á su primogénito ó inmediato sucesor.* Real ó lineal es: *La que impide, que el poseedor de un mayorazgo, y toda su línea pueda obtener otro, que deberá por lo mismo pasar á su hermano segundogénito ó á su línea.* Averiguar si la incompatibilidad es personal ó real, es cuestion de las mas difíciles en este asunto en varios casos que se ofrecen, que debe resolverse interpretando bien la mente del fundador. La trata latísimamente Roxas de Almansa *disp.* 1. *qüest.* 4. *y* 5., é inclina á que quando no se pueda salir de la duda, se ha de reputar antes real que personal; y al *n.* 32. *y sigg. de d. qüest.* 4. señala la diferencia, porque las incompatibilidades de Oficios de la República, Beneficios y Dignidades son personales y no reales. Absoluta incompatibilidad es: *La que impide, que el poseedor de un mayorazgo tenga otro, sea el que fuere.* Respectiva: *La que solamente impide al que posee un mayorazgo, que obtenga otros ciertos y determinados, de esta ó las otras calidades, salva la facultad de obtener los demas.*

25 Incompatibilidad para adquirir es: *La que impide al poseedor de un mayorazgo que pueda adquirir otro de qualquier manera que sea.* De ahí es, que si vacare otro, que por derecho de sucesion tocaba al tal poseedor, saltándole á él, se defiriria al otro mas próximo que le se-

guia. Incompatibilidad para retener es: *La que solo impide al que posee un mayorazgo, que pueda retener juntamente con el otro que le viene despues.* En este caso se le defiere con efecto el segundo, y pasan á él el dominio y posesion de sus bienes por ministerio de la *ley* 1. *tit.* 24. *lib.* 11. *de la Nov. Rec.*, en los términos que hemos explicado al *n.* 18., y solo está obligado á dexar uno de los dos dentro de dos meses, de cuya clase es la legal de la *referida l.* 7., Roxas de Almansa *d. disp.* 1. *quæst.* 3. *n.* 54. y *disp.* 2. *quæst.* 10. *n.* 29. Los modos de fundar los mayorazgos, son los mismos que hemos notado *n.* 3. *tit. antec.* ser los de hacer las mejoras de tercio y quinto, *l.* 4. *d. tit.* 17. *lib.* 10.

TITULO VIII.

DE LAS SUCESIONES INTESTADAS.

Tit. 13. P. 6. y tit. 20. lib. 10. de la Nov. Rec. (1).

1. *Quién se dice intestado.*
2. 3. *El primer órden de suceder á los intestados comprehende á sus descendientes, y de estos son preferidos los legítimos ó legitimados por subsiguiente matrimonio: y qué sea sucéder en estirpes y en cabezas y quándo el hijo se considera abortivo.*
4. *Quándo suceden los hijos naturales, no legitimados, y quándo los adoptivos; y quiénes son naturales.*
5. *De la quarta marital que se debe á la muger en la sucesion de su marido.*
6. *El segundo órden de sucéder es el de los ascendientes.*
7. *El tercer órden de sucéder es el de los laterales, y cómo se regula en los legítimos.*

(1) *Tit.* 1. *lib.* 3. *Inst.*

1 Intestado se llama el que no hizo testamento, y aquel que lo hizo nulo, ó aunque le hubiese hecho válido, se rompió ó rescindió en los términos que hemos referido, *l.* 1. *tit.* 13. *P.* 6. (1), la qual cuenta tambien por intestado al que habiendo otorgado testamento, no quiere ó desecha la herencia el heredero que él instituyó: lo que está expresamente derogado por la *ley* 1. *tit.* 18. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* como ya hemos notado. Las leyes Romanas variaron mucho en las sucesiones intestadas, hasta que enfadado Justiniano de sus ridiculeces y rodeos en este particular, estableció un método muy sencillo y equitativo, fundado en el afecto que la misma naturaleza inspira á los hombres, que primero aman á sus descendientes, despues á sus ascendientes, y en tercer lugar á sus parientes laterales ó de travieso (2).

2 Nuestras leyes han adoptado este método de Justiniano con pocas y levísimas diferencias, estableciendo los tres órdenes de descendientes, ascendientes y laterales, *l.* 2. *y siguientes d. tit.* 13. Es pues en España el primer órden de suceder abintestato el de los descendientes del difunto, sin distincion de varones ó hembras, retenidos

(1) *Pr. eod.* (2) *Nov.* 118.

en la patria potestad, ó salidos de ella, *l.* 3 *d. tit.* 13. Comprende á todos los descendientes, que ocupan el primer grado en la línea del difunto, esto es, entre quienes y el mismo difunto no media ninguno, como son los hijos y los nietos, cuyo padre haya ya fallecido. Estos entonces entran ocupando el lugar de su padre, y ello mediante, se consideran tan próxîmos del difunto, como los hijos de este en el primer grado. Y por lo mismo de ser admitidos en lugar y representacion de su padre, no sacan mas porcion que la que sacaria su padre si viviera, *d. l.* 3., y esta se la dividirán entre sí en partes iguales. Los Intérpretes para explicar esto con claridad y generalidad, han formado una regla fundada en las mismas leyes, diciendo que las sucesiones, ó son en estirpes ó en cabezas. Estirpe no es otra cosa, que orígen de generacion, y así el padre es estirpe de los hijos, el hijo de los nietos. Suceder pues en estirpe, es suceder representando su estirpe, y por ello este modo de suceder se llama por derecho de representacion: Y suceder en cabezas, es suceder por su propia persona, sin representacion de otra. Quando se sucede en estirpes, se hacen tantas partes ó porciones, quantas son las estirpes; y quando en cabezas, quantas son las personas. Declarémoslo mas en un exemplo: Muere uno dexando á Pedro hijo, dos nietos nacidos de otro hijo Juan ya difunto, y tres de otro hijo Diego tambien difunto. Pedro sucederá en cabeza, y los nietos hijos de Juan y Diego en estirpes ó en representacion de sus padres, y por ella se consideran en el primer grado en que está Pedro; y la herencia se dividirá entre partes iguales, una para Pedro, otra para los dos hijos de Juan, y otra para los tres hijos de Diego, *d. l.* 3. (1).

3 Y adviértase, que en esta línea de descendientes la representacion es infinita, esto es, no tiene término señalado; y de ahí es, que si falleciese un padre dexan-

(1) *§. ult. Inst. de her. quæ ab int. def.*

do á un hijo, y de otro hijo un bisnieto, cuyo padre y abuelo fuesen ya muertos, sucederian igualmente al difunto su hijo y el bisnieto, aquel por la sucesion en cabezas, y este por la de en estirpes, *d. l.* 3. (1). El hijo que muere recien nacido, no hereda á sus padres quando se considera abortivo. Para que no lo sea es menester que haya nacido vivo todo, y que á lo menos despues de nacido haya vivido 24. horas naturales, y sido bautizado. Y de la misma suerte se considerará parto abortivo y no natural quando naciese el hijo en tiempo que no pudiese vivir naturalmente, aunque faltaran las tres circunstancias referidas, *l.* 2. *tit.* 5. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.*, en cuyo comentario exâmina latamente Azevedo desde el *n.* 90. con relacion á la *ley* 4. *tit.* 23. *P.* 4., si es tal el que nació al octavo mes de la preñez de su madre, inclinando á la afirmativa. Los hijos legitimados por subsiguiente matrimonio suceden juntamente con los legítimos; y ceden á ellos los legitimados para heredar á sus padres por rescripto del Príncipe, aunque este fuere anterior al nacimiento ó legitimacion de aquellos, tanto en la sucesion del padre como en la de la madre. Pero para suceder en los bienes de los otros parientes, y en las honras y preeminencias, son iguales á los hijos legítimos, *l.* 7. *tit.* 20. *lib.* 10. *Nov. Rec.* (12. *de Toro*), que corrige á la *ley* 11. *d. tit.* 13. *P.* 6., en quanto llamaba á los hijos naturales juntamente con los legítimos á la sucesion de la madre.

4. Si el padre difunto no dexó hijos legítimos ni legitimados, sino solo naturales, le sucederán en dos partes de las 12. en que regularmente se divide la herencia, que partirán con su madre, *l.* 8. *d. tit.* 13, sin que lo embarace la viuda de dicho difunto, *l.* 9. *d. t.* 13. De los espurios no hallamos que esten llamados á la sucesion de su padre: antes persuade no estarlo la *ley* 5. *de d. tit.* 20. (9. *de Toro*), que solo los llama para su-

(1) *D.* §. *ult.*

ceder á su madre como vamos á ver. Suceden pues á su madre los hijos naturales y los espurios, aunque le sobrevivan ascendientes por su órden y grado, segun expresa *d. l.* 7.: esto es, primero los naturales, y en su defecto los espurios, segun la mayor proxîmidad. Y en atencion á que esta *ley* 7. dice que los tales hijos son herederos de su madre *ex testamento y abintestato* nos parece que esta tendrá obligacion de instituirles herederos porque no encontramos que pueda explicarse de otra manera la sucesion *ex testamento.* Pero los nacidos de dañado y punible ayuntamiento estan escluidos, *d. l.* 5. Diximos quienes son estos al *n.* 2. *del tit.* 5., y la misma exclusion tienen los nacidos de Clérigos ordenados en Ordenes mayores, ó de Frayles ó Monjas profesas, *d. l.* 5. *y su antecedente la* 4. Hijo natural es, segun nuestras leyes: *El que es nacido de padres, que al tiempo que naciere ó fuere concebido, podian casar justamente sin dispensacion: con tanto que el padre lo reconozca por su hijo, puesto que no haya tenido la muger de quien lo hubo en su casa, ni sea una sola.* Esta difinicion está sacada á la letra de la *ley* 1. *tit.* 5. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* (11. *de Toro*): segun la qual, hay dos medios para probar ser el hijo natural, el uno el reconocimiento del padre, y el otro el haber nacido de una concubina ó muger que tenia el padre en su casa, sin tener otra, Azeved. en *d. l.* 1. Gomez en *d. l.* 11. Y adviértase no ser necesario, que el reconocimiento sea expreso: bastará el tácito, que se acredita por hechos y conjeturas, como prueban latísimamente refiriendo algunos hechos Castillo *de conject. et interpret. ultim. volunt. cap.* 125. *desde el n.* 18. Cervantes en *d. ley* 11. *n.* 139. y otros varios. En quanto á los hijos adoptivos les dan el derecho de suceder á su padre adoptivo las *leyes* 8. *y* 9. *tit.* 16. *P.* 6. Pero nuestros Intérpretes, atendiendo á las *leyes* 5. *tit.* 6. *lib.* 3. 1. *tit.* 22. *lib.* 4. *del Fuero Real*, y á las 1. *y* 7. *tit.* 20. *de. d. l.* 10., juzgan que debe esto entenderse, quando el padre adoptivo no tuviere hijos legitimos y na-

turales, Gregor. Lop. *glosa* 5. *de d. ley* 8. Pichard. *l.* 3. *inst. tit.* 1. §. 4. *n.* 4.; y aun en este caso es de dictámen Azevedo en *d. l.* 1. *de la Rec. n.* 66., que los ascendientes legítimos y naturales del padre adoptivo excluyen á dichos hijos bien fundado en *d. l.* 1.

5 Este primer órden de suceder, al paso que excluye á los otros dos, admite con los descendientes á la muger del difunto que no tuviese de lo suyo con que poder vivir bien y honestamente: la qual tiene derecho de heredar la quarta parte de sus bienes, que no ha de montar mas de cien libras de oro. Del valor de estas libras puede verse á Covar. en el tratado *de veter. num. col. cap.* 6. Anton. Gom. 2. *var. cap.* 4. *n.* 6., y allí á Ayllon que cita á muchos. Gutierrez *de jur. confirmat. part.* 1. *cap.* 4. quiere que en esto se atienda la práctica de los tribunales. Esta quarta debe sacarse de todos los bienes del difunto, porque es deuda legal, á cuyo pago estan sujetos todos ellos, aunque el marido haya muerto testado, sino es que fuese este tan rico, que dexándole menos, le dexaba con que vivir, *d. l.* 7. *d. tit.* 13. *P.* 6. allí: *que si non dexare a tal muger en que pudiere bien e honestamente bevir.* Ni derogan este derecho de la muger las posteriores leyes de la Recopilacion, porque nada establecen en perjuicio de los acreedores, qual es la muger; pero estará sujeta esta quarta á la reservacion de que hablaremos á lo último de este título. Gregor. Lop. en las *glosas de d. l.* 7. exâmina varias qüestioncillas sobre su contenido, en las que nuestro instituto no nos permite entretenernos.

6 Faltando el primer órden de sucesion, entran á ella los del segundo, que comprehende á los descendientes del difunto, segun la proxîmidad de su grado; porque en este órden no tiene lugar la representacion, y el mas cercano siempre excluye al mas remoto. Si alguno pues muriere sin tener ya padre, dexando madre y abuelos paternos, llevará la madre toda su herencia. Y no debe hacerse division de bienes paternos y maternos,

pues todos se dividirán igualmente entre los que son del mismo grado, *d. l.* 4. *d. tit.* 13. *P.* 6. salvo en las Ciudades, Villas ó Lugares en donde, segun el fuero de la tierra, se acostumbra tornar los bienes al tronco, ó la raiz á la raiz, *d. l.* 1. *al fin.* Pero debe advertirse, que si los ascendientes que han de heredar son abuelos del difunto, porque ya habian fallecido sus padres, la division debe hacerse por líneas en partes iguales, aunque las personas sean desiguales en número; es decir, que si por parte de padre solo quedada el abuelo, y de madre ambos abuelos, será la mitad para el abuelo paterno, y la otra mitad para los abuelos maternos, *l.* 4. *tit.* 13. Será pues este modo de suceder medio entre los dos famosos de en estirpes, y en cabezas. No es en estirpes, porque no hay lugar á la representacion, excluyendo siempre el mas próxîmo al mas remoto; y no es en cabezas, porque un solo abuelo de una parte saca tanto como los dos de la otra. Algunos autores le llaman en líneas. A falta de ascendientes legítimos sucederán los naturales en los mismos términos que los hijos naturales suceden á sus padres, *l.* 8. *d. tit.* 13. *P.* 6. *en el fin.*

7 El tercer órden de suceder es el de parientes laterales ó de travieso, que nunca llegan á concurrir con los ascendientes aunque sean hermanos del difunto, *l.* 2. *d. tit.* 20., que corrige á la 4. *d. tit.* 13., que llamaba á los hermanos de ambos lados, y sus hijos juntamente con los ascendientes. Faltando pues descendientes y ascendientes del difunto, le suceden sus hermanos de ambos lados y sus hijos; y si no hubiere de estos, los hermanos de un solo lado y sus hijos. Y si concurrieren hermanos de padre, ó sus hijos con hermanos de madre ó sus hijos, se dividirán los bienes de modo, que los paternos vayan á los hermanos de padre, y los maternos á los de madre; y los demas bienes se partirán entre todos ellos con igualdad, *l.* 5. *y* 6. *d. tit.* 13. Si el difunto no dexase tampoco hermano alguno, sino hijos de hermanos, le sucederán estos en cabezas, haciéndose tantas partes iguales entre

ellos, quantas son sus personas, á diferencia de quando concurren con sus tios, que suceden en estirpes, *d. l.* 5. *l.* 2. *tit.* 20. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* con exclusion de los tios del difunto, como lo prueba la *ley* 6. *d. tit.* 13., que despues de los hermanos y sus hijos llama á los parientes mas cercanos por sola la razon de mayor proxîmidad. Por lo que se ha expuesto, se han formado dos axîomas dignos de tenerse en la memoria: I. *En la línea lateral la representacion no pasa de los hijos de los hermanos, y solo tiene lugar en ellos quando concurren con sus tios.* II. *Tampoco pasa de los hijos de los hermanos el dar preferencia el mayor parentesco, ó su doble vínculo*, esto es, tenerlo por parte de padre y madre respecto del que solo tiene por un lado.

8 Lo que hemos dicho de la sucesion entre los laterales, debe observarse entre los legítimos. Pero si el difunto, ó el que le ha de suceder fuere ilegítimo, se observarán las reglas que se siguen. Si el que murió era natural, le sucederán los hermanos de madre y sus hijos, *l. ult. d. tit.* 13.; y si algunos de estos hermanos fueren legítimos, serán preferidos á los que no lo son, como se prueba del vers. *Fueras ende, y sig. de esta ley*, y lo advierte Greg. Lop. en su *glosa* 2., bien que Antonio Gomez defiende lo contrario en la *ley* 9. *de Toro*, *n.* 49., y en el siguiente *n.* 50. nota, que los hermanos naturales por los dos lados, excluyen á los que lo son solamente por uno, y del mismo sentir es en esto Greg. Lop. en su *glosa* 3. *de la misma ley últ.* Y si solo dexare hermanos de parte de padre y no de madre, serán admitidos á la sucesion, y entre ellos serán preferidos los legítimos, como en este caso está expresa *d. l. últ.* en su citado vers. *Fueras ende.*

9 Y si se trata de suceder á un legítimo que no dexó parientes legítimos, sino solamente naturales, le sucederán los que lo son por parte de madre, *d. l. últ al fin.*; pero los parientes por parte de padre estarán del todo excluidos, aunque sean hermanos. Aunque no hemos visto

otro que defienda esta opinion, creemos deberse sostener firmemente, por conforme á dicha ley últ. *vers. Otrosí:* allí: *Otrosí, decimos, que los fijos naturales non han derecho de heredar los bienes de los legítimos, nin de los parientes otros, que les pertenecen por parte de su padre.* Porque la palabra *legítimos* puesta relativamente en *d. vers.* se refiere manifiestamente á la palabra *fijos*, que no se repite, porque se acaba de expresar; como si dixera la ley: *Los fijos naturales non han derecho de heredar los bienes de los fijos legítimos:* y los hijos naturales é hijos legítimos son hermanos entre sí. Y esto mismo persuaden las siguientes palabras: *Nin de los parientes otros*; puesto que la voz *Otros* se refiere á parientes otros de los hermanos, por no aparecer otros á quienes pueda referirse; y esta voz *Nin* es conjuncion excluyente: de suerte, que segun la sentencia de la ley, estan excluidos de suceder al legítimo sus hermanos naturales, con todos los demas que son sus parientes de parte de padre.

10 Lo contrario defienden Greg. Lop. en la *glosa* 7. *de d. l. últ.* Ant. Gom. en *d. l.* 9. *de Toro n.* 48. y otros; pero ademas que esta opinion no puede acomodarse á la sentencia de la ley, como hemos manifestado, es muy débil y despreciable el argumento en que se pretende fundar, de que la sucesion debe ser recíproca, y que por ello sucediendo el hermano legítimo al natural, como hemos visto, deberá este suceder al legítimo. Porque si hubiese sido la intencion de esta *ley* establecer aqui la recíproca sucesion, lo hubiera expresado, como lo expresó la *ley* 8. *del mismo tit.* 13. hablando de la línea recta. Ni se comparan aqui naturales con naturales, como en *d. l.* 8., sino naturales con legítimos, y es bien notorio ser mejor la condicion de estos, y tal la hace la misma *ley últ.*, y por ello puede creerse, que quiso esta desigual sucesion legítima. Por otra parte, aunque es regular que la sucesion sea recíproca, no es perpetuo ó preciso; así vemos que el adoptado por otro que no sea ascendiente suyo, es su heredero, y no al contrario.

11 Por la *ley* 6. *tit.* 13. *P.* 6. el derecho de suceder abintestato los parientes de travieso del difunto, se termína en el grado décimo. Y posteriormente parece, que la *Instruccion para la recaudacion de los bienes mostrencos, vacantes y abintestatos*, mandada observar por *Real Decreto de* 27. *de Noviembre de* 1785. *que es la ley* 6. *tit.* 22. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* previene, que no pase del quarto, y que en su defecto vaya al Fisco con destino de los bienes á la pública utilidad. Asi lo senté en mis *Instituciones Romano-Hispan.* hablando de la sucesion de los cognados *n.* 12. Pero ahora, mirado con escrupulosa atencion el *cap.* 9. de dicha Instruccion, nos parece no ser seguro este modo de pensar. A que se añade, que el *cap.* 2. del *Real Decreto*, inserto en la *cédula de* 25. *de Setiembre de* 1798. sobre los pagos que deben hacerse en los pases de bienes á los parientes transversales, por sucesion testada ó intestada, manifiesta que esta debe extenderse mas allá del quarto grado. Y con efecto, por sentencia dada en 15. de Julio del año último 1802. declaró el Superintendente General de los referidos bienes, que los de la sucesion intestada de Don Felipe Tinagero, Presbítero de esta Ciudad de Valencia, pertenecian á Doña Josepha Dávila y de Vega, consorte de Don Fernando Vicente Alfonso, Abogado del Colegio de la misma, y á una prima suya, parientas las dos en quinto grado de dicho Don Felipe, como hijas de dos primos hermanos suyos: las que en conformidad de ello se hallan ya en la pacífica posesion de dichos bienes. Segun esta sentencia no se puede pretender, que la sucesion se termína en el quarto grado, sino es que se diga, que los grados deben contarse aqui segun la computacion canónica. Es esto quanto podemos decir en este asunto.

12 Es preciso advertir, que por *Real pragmática de* 6. *de Julio, publicada en* 8. *de Agosto de* 1792. *que es la ley* 17. *tit.* 20. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* se prohibe, que los Religiosos profesos de ambos sexôs sucedan á sus parientes abintestato, por ser tan opuesto á su absoluta in-

capacidad personal, como repugnante á su solemne profesion en que renuncian al mundo, y todos los derechos temporales, dedicándose solo á Dios desde el instante que hacen los tres solemnes é indispensables votos sagrados de sus institutos; quedando por conseqüencia sin accion los Conventos á los bienes de los parientes de sus individuos con título de representacion, ni otro concepto. Cuya solidísima razon parece podria tambien obrar para extender la prohibicion á que pudiesen ser instituidos herederos, y testar de sus bienes antes de la profesion, con extension á los que adquiririan despues si permanecieran en el siglo, y es imposible los adquieran habiendo profesado. Los sólidos y verdaderos principios del derecho apoyan este modo de pensar; y si se mandara asi, cesarian innumerables pleytos muy embarazosos que edifican poco al pueblo, al paso que turban la tranquilidad y abstraccion de las cosas del mundo, que deben observar los Religiosos. Y aun creemos, que si se atiende bien á dicha *pragmática*, considerando su espíritu en las incontrastables razones en que se funda, pueden muy bien obrar en las sucesiones testamentarias.

13 Tambien debe advertirse lo prevenido en la *pragmática publicada en Madrid en* 6. *de Febrero de* 1766. que hoy es la *ley* 14. *tit.* 20. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.*, mandada observar aunque haya costumbre inmemorial en contrario; y es: Que los bienes de los intestados se han de entregar enteramente sin deduccion alguna á los parientes á quienes pertenezcan por derecho de sucesion. Y que estos parientes deben hacer el entierro, exêquias, funerales, y demas sufragios que se acostumbran en el pais, con arreglo á la calidad, caudal y circunstancias del difunto: Y que en el caso solo de no cumplir con esta obligacion los herederos, se les compela á ello por sus propios Jueces, sin que por dicha omision, y para el efecto referido se mezcle ninguna Justicia Eclesiástica ni Secular en hacer inventario de los bienes. Esta prohibicion de poderse mezclar la Justicia á formar inventario de la he-

rencia del difunto intestado, la entendemos, como lo indica la ley, limitada al caso en que pretendiere hacerlo á título de que el heredero no quisiera gastar lo correspondiente al bien de alma. Pero quando ocurra ser menores, ó estar ausentes, lo podrá formar; con la limitacion de que sea necesario para contar el dinero, ó inventariar alhajas preciosas, y sin gastar en ello mas que dos dias, ni tener mas derechos que 30. reales por mañana, y otros tantos por la tarde, como puede verse en Febrero adicionado *part.* 2., *lib.* 1. *cap.* 1. §. 1. *n.* 16. Lo que deba hacerse de la herencia intestada de aquel, que habiendo nombrado comisario para testar, no consiguió que este testara, queda expuesto al *n.* 12. *del tit. IV.*

14 Vamos ahora á tratar brevemente de la sucesion de los bienes, que el cónyuge que sobrevive al otro, y contrae segundo matrimonio: tiene la obligacion de reservar á sus hijos del primero; porque debiendo gobernarse por las reglas de la intestada, hemos creido ser este el lugar mas oportuno. Usarémos de la palabra *cónyuge*, porque la obligacion de reservar es la misma en el marido, que en la muger, como expresamente lo establece la *ley* 7. *tit.* 4. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* (15. *de Toro*); y así lo que digamos del padre entiéndase tambien de la madre, y al contrario. Quando muere un cónyuge dexando hijos, y el otro que sobrevive contrae segundo matrimonio, se debe saber de qué clase son los bienes de este. Si los obtiene habidos de su difunto cónyuge, ó alguno de sus hijos del primer matrimonio, estan sujetos á reservacion en los términos que luego veremos; y si los tiene por otro título, en que no haya vínculo ó fideicomiso, puede disponer de ellos como de cosa suya. Tiene lugar la reservacion en los que adquiriere del cónyuge difunto, por qualquier título que fuere, ó bien universal como sucesion de herencia testada ó intestada, ó singular, aunque sea el de arras ó donacion de joyas por causa del matrimonio, pues les debe reservar privativamente para sus hijos del primer matrimonio, excluido qualquiera otro.

Y lo mismo sucede en los que le han pertenecido por sucesion intestada de alguno de sus hijos, *l.* 1. *tit.* 2. *lib.* 3. *del Fuero Real*, Gomez en *d. ley* 15. *de Toro* (1). Pero no alcanza la reservacion á la mitad de los gananciales adquiridos durante el matrimonio, que pertenece á cada uno de los cónyuges, como expresamente lo dispone la *ley* 6. *tit.* 4. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* (14. *de Toro*); y da de ello la razon Antonio Gom. en *d. l.* 14. *n.* 3. de que esta ganancia no le va á un cónyuge por el otro, sino por disposicion de la misma ley.

15 Los bienes del hijo que van al cónyuge su padre ó madre, por título, no de sucesion intestada, sino por otro que nace de la voluntad del mismo hijo, como testamento, no estan sujetos á la reservacion, y puede el cónyuge disponer de ellos como á libres, por la razon de que sucede en ellos, como qualquier extraño Gom. en *d. l.* 15. *de Toro n.* 2. (2). Y aunque por la misma parece debia decirse, que habia de tener tambien libertad para disponer de los que heredó por testamento del otro cónyuge premuerto, juzga lo contrario el mismo Gom. en *d. n.* 2., diciendo ser esta opinion de todos. Ni es de extrañar esta diferencia, por el motivo de que la obligacion de reservar debe tener lugar con mas facilidad y amplitud en los bienes que van al cónyuge por respecto del otro cónyuge, que por el de sus hijos, á causa de que contrayendo segundo matrimonio el cónyuge sobreviviente, parece que hace alguna injuria al otro difunto, que debe compensarse con esta estrecha obligacion. Y tal vez por esta razon solo alcanza la obligacion de reservar los bienes habidos de la sucesion del hijo, á los que este heredó de su padre ó madre, Gom. en *d. n.* 2. (3). Para seguridad de la obligacion de reservar estan hipotecados los bienes de la madre á favor de los hijos, *l.* 26. *tit.* 13. *P.* 5., y si de hecho enagenare los que debe reservar, se sostendrá

(1) *L.* 3. *C. de secund. nupt.* (2) *Auth. Ex testam. C. de secund. nupt.* (3) *D. Authent.*

entretanto la enagenacion, y se revocará despues de su muerte; porque podria suceder, que sus hijos muriesen antes que ella, y entonces subsistiria la enagenacion, Gom. en *d. l.* 15. *n.* 5. Lo que hubieren dado á la muger los parientes ó amigos del marido entra tambien en la reservacion, como latamente lo prueba el mismo Gomez en el *n.* 7. soltando las objeciones. Los bienes reservados deben dividirse entre los hijos con igualdad, sin que pueda el padre dar mas á uno que á otro, Gom. *al fin del n.* 3. (1).

16 Como la necesidad de la reservacion está introducida en favor de los hijos, cesará si estos no extaren quando muere el cónyuge que sobrevivió al otro, sino es que existieren descendientes de dichos hijos, á cuyo favor subsistiria la reservacion, Azeved. *d. l.* 7. *tit.* 4. *lib.* 10. *de la Nov. Rec. n. últ.* Cesará tambien en el caso de que el cónyuge premuerto hubiese concedido al sobreviviente licencia ó su beneplácito para contraer segundo matrimonio. Y si lo contraxese de consentimiento de sus mismos hijos á quienes habia de aprovechar la reservacion, como prueba Gomez al *n.* 6. *de d. l.* 14. Azeved. en *d. l.* 7. *n.* 36., en donde disputa si bastará que el consentimiento sea tácito, inclinando á la afirmativa en el caso de que estuviere comprobado por algun hecho. En estos casos la muger, que por haber contraido el segundo matrimonio se consideraba fructuaria de estos bienes, adquirirá su propiedad, Gomez *d. n.* 3. Azeved. en *d. l.* 7. *n.* 36. (2). Y conservará el usufructo, aunque sus hijos del primer matrimonio sean casados velados, como lo prueba Azeved. en *d. l.* 7. *n.* 35. Si la muger sin haber contraido segundo matrimonio, viviera despues de viuda luxuriosamente, es qüestion si tenia ó no lugar la reservacion. Antonio Gomez en *d. l.* 14. *n.* 16. está por la negativa; pero inclinamos algo mas á la afirmativa que defiende Azeved. en *d. l.* 7. *n.* 10. *y siguientes.* Uno y otro alegan sus razones.

(1) *Auth. Lucrum C. de secund. nupt.* (2) *Auth. Sed et si eod.*

TITULO IX.

DE LAS OBLIGACIONES
Y CONTRATOS EN GENERAL, Y TRANSACCIONES.

Tit. 1. lib. 10. de la Nov. Rec. (1).

1. *Qué sea obligacion, y su division en tres especies.*
2. 3. *Qué sea nudo pacto, qué sea contrato, y tres divisiones de contratos.*
4. *De los pactos reprobados.*
5. *Qué sea transaccion, y quándo puede tener lugar.*
6. 7. *Quiénes pueden transigir, y de qué cosas no se puede.*
8. *De la transaccion sobre delitos.*
9. *La transaccion es de interpretacion estrecha.*
10. *Causas por las quales puede rescindirse la transaccion, y si lo es la lesion enorme ó la enormísima.*

1 La *l. 5. tit.* 12. *P. 5.* nos pone una division de obligaciones en civil y natural juntamente, y en natural sola ó meramente, diciendo, que por la primera quedamos obligados de manera, que podemos ser apremiados á cumplirla, aunque no queramos; y por lo contrario no podemos ser apremiados en juicio al cumplimiento de la segunda, aunque naturalmente debemos hacerlo. Puede ademas considerarse otra especie de obligacion meramente civil, á la que le falta la equidad, y por ello no se le puede acomodar el nombre de natural, qual es la que

(1) *Tit.* 14. *lib.* 3. *Inst. et tit.* 15. *lib.* 2. *Diges.*

nace de un contrato celebrado con fuerza, de la que habla la *ley* 56. *tit.* 5. *P.* 5. Explicaremos los efectos de las tres; y advertimos desde luego, que quando se pone simplemente el nombre *obligacion*, se entiende la primera, por la debilidad de las otras dos, y por ser la del uso freqüente en los tratos y negocios de los hombres, y se puede definir diciendo ser: *Vínculo del derecho que nos tiene ligados á dar o hacer alguna cosa, de manera que podamos ser eficazmente apremiados á cumplirlo* (1). La natural puede tambien llamarse *vínculo*, pero de sola equidad, sin que produzca apremio ó accion contra el obligado, y solo impide alguna vez la repeticion de lo que se paga debiéndose naturalmente, como veremos en su lugar. La meramente civil produce accion, atendido el rigor del derecho; pero tan débil, que lo que se hace en su virtud, se deshace con facilidad, *d. l.* 56., y de ahí es, que puede considerarse que no la produce. Nace la obligacion natural de los contratos que celebran personas, que sin embargo de tener algun juicio, son de circunstancias tan débiles, que el derecho no ha querido darles fuerza obligatoria: quales son los que hacen por sí sin autoridad del tutor los pupilos próxîmos á la pubertad, los de fiadores que otorgan las mugeres, y de préstamo los hijos que estan en la patria potestad, segun de ello hablaremos mas adelante. Y nace tambien de los beneficios recibidos, pues quien les recibe tiene obligacion natural y de equidad de ser agradecido, si quiere ser tenido por hombre de bien y de honor.

2 Segun las leyes Romanas, la principal fuente de estas obligaciones naturales eran los nudos pactos, á los quales no concedian fuerza de producir accion (2), sí solo obligacion natural. Pero segun las nuestras, de todo pacto serio nace obligacion civil y accion, *l.* 1. *tit.* 1. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.*, á excepcion de algunos reprobados, que

(1) *Princ. Inst. de oblig.* (2) *L.* 10. *C. de pact.*

luego expresaremos. Tienen pues entre nosotros la misma fuerza que las famosas estipulaciones de los Romanos, de lo que trataremos hablando de las obligaciones verbales, notando la notable diversidad que nace de su diferente modo de contraerse, aplicable á toda la especie de contratos. Pacto en general es: *Convencion ó consentimiento de dos ó mas, de dar ó hacer alguna cosa* (1), y se divide en nudo y no nudo. Nudo es aquel: *Que se contiene en los límites de convencion, sin pasar á ser contrato*; y no nudo, ó por un solo nombre contrato es: *Convencion que tiene nombre cierto, ó faltando este, causa civil de obligar*; y de ahí es, que los contratos se dividen en nominados é innominados; y sea esta la I. division. Nominados son los que tienen nombre propio, como venta, compañía; é innominados los que no lo tienen, y son de quatro especies, *doy para que des*, *doy para que hagas*, *hago para que des*, *hago para que hagas*, *l.* 5. *tit.* 6. *P.* 5. (2); y este dar ó hacer es la causa de obligar que hemos expresado en la definicion. En estos contratos el que cumplió por su parte, tiene derecho de escoger, ó bien apremiar al otro que lo cumpla por la suya, ó que pague los perjuicios que le ha ocasionado de no cumplirlo, y debe ser creido por su juramento con la tasa del Juez, *d. l.* 5.

3 II. division de contratos en unilaterales y bilaterales. Se llaman unilaterales aquellos en que uno solo de los contrayentes queda obligado, qual es el préstamo ó mutuo, en que solo se obliga el que lo recibe; y bilaterales, en que ambos lo estan, como la compra, locacion ó arrendamiento; y adviértase haber algunos, que al principio solo se obliga uno, y despues por incidencias se obliga otro, como el comodato y depósito, segun explicaremos hablando de ellos. III. division, que nace del diferente modo de contraerse ó perficionarse en consensuales, verbales, reales y literales, segun se per-

(1) *L. 1. §. 2. de pact.* (2) *L. 5. de præscript. verb.*

ficiona por nudo consentimiento, palabras, entrega de cosa ó escritura, como lo iremos notando quando hablemos de cada uno de ellos. De todos los contratos nace obligacion (entenderemos siempre la civil y natural); porque las causas ó fuentes principales y regulares de esta son contrato, quasi contrato, delito, ó quasi delito, y en nuestra España el pacto serio y deliberado, porque segun la famosa *ley* 1. *tit.* 10. *de la Nov. Rec.*, queda obligado el que de qualquier manera parezca que se quiso obligar á otro, aun entre ausentes. Ademas hay otras causas irregulares, que las dicta la equidad ó algun respeto hácia el bien público. De estas nace la obligacion que tenemos de exhibir la cosa que alguno pide como suya, y la que tiene de pagar el duplo de los materiales agenos, el que los puso en su edificio. El célebre Jurisconsulto Romano Cayo dixo, que estas nacian de varias figuras de causas (1).

4 Es menester advertir aquí, que hay algunos pactos reprobados por el derecho, y que por lo mismo estan muy léjos de poder producir obligacion, como son: I. El que suele llamarse con el nombre latino de *quota litis*, esto es, el que hace, el que ha de litigar con su Abogado de darle cierta parte de la cosa que ha de ser asunto del pleyto: el qual ademas de no valer imposibilita al Abogado á poder abogar por otro como á infame, *l.* 14. *tit.* 6. *P.* 3. (2). II. El que llaman *antichreseos*, esto es, el que se hace para que el acreedor que tiene alguna cosa del deudor á peños, perciba sus frutos mientras la tuviere, porque todos deben ser del deudor, *l.* 2. *tit.* 13. *P.* 5. El derecho conónico tambien lo ha reprobado como á usurario, *capp.* 1. *y* 2. *de usur. capp.* 4. *y* 6 *de pignor. en las Decretales de Gregor IX.* III. Generalmente los que se hacen con dolo ó por fuerza, y contra las leyes y buenas costumbres, *l.* 28. *l.* 38. *tit.* 11. *P.* 5. (3), á los quales creemos pueden referirse

(1) *L.* 1. *de oblig.* (2) *L.* 53. *de pact. l.* 5. *C. de postul.*
(3) *L.* 7. §. 7. *l.* 28. *de pact.*

algunos que expresamente reprobaron las leyes Romanas, y no hallamos expresados en las nuestras, como el que hace el enfermo con el Médico de pagarle mas de lo que le corresponde (1), y los de la futura sucesion de uno que vive sin su consentimiento (2). De cuyos pactos trata lata y pesadamente Antonio Gomez en la *l.* 22. *de Toro.*

5 Transaccion ó concordia es una especie de contrato innominado, como lo reconoció Gregor. Lop. en la *glosa* 1. *de la ley* 5. *tit.* 6. *P.* 5., y lo prueba latamente Valeron *de transact. tit.* 1. *quæst.* 3. *y* 4., porque no puede haberla sin que los transigentes se den, reciban, ó remitan mutuamente alguna cosa (3). Es: *Decision convenida, no gratuita de cosa dudosa.* Se dice *decision*, porque decide ó termína los pleytos, y por ello la recomiendan mucho las leyes y sus Intérpretes: *convenida*, porque se hace por convencion de las partes: *no gratuita*, por lo que hemos dicho, que no se hace sin dar y recibir: *de cosa dudosa*, esto es, de cosa de que ya hay pleyto ó amenaza, ó puede haberlo. No solo puede hacerse especial de la cosa que se litiga, sino tambien con ocasion de esta disputa, generalmente con extension á todos los pleytos ó desavenencias que puedan tener entre sí los litigantes (4). Pero sino hubiese controversia alguna, no podrá hacerse con esta generalidad, para evitar que se finjan pleytos que no puede haber, y con este motivo se saque dinero á los incautos, Valeron *tit.* 2. *quæst.* 1. *n.* 22. (5).

6 Como la transaccion es especie de enagenacion, claro está, que no pueden hacerla aquellos que no pueden enagenar, como los furiosos, pródigos, mentecatos, infantes, impúberes sin autoridad de sus tutores. De los procuradores dice expresamente la *ley* 19. *tit.* 5. *P.* 3., que puede transigir el que tuviere poder especial

(1) *L.* 9. *C. de Profes. et Med.* (3) *L. ult. C. de pact.* (3) *L.* 38. *C. de transact.* (4) *L.* 9. *l.* 12. *de transact.* (5) *L.* 8. §. 20. *eod.*

para ello; y tambien el que le tenga general, libre y llenero para hacer cumplidamente todas las cosas en el pleyto, que el mismo otorgante podria hacer, ó como suele decirse, el que le tuviere concedido con libre, franca y general administracion. Pero advierte bien Gregor. Lop. en las *glosas* 8. *y* 9. *de esta ley*, que aunque concede indistintamente esta facultad á tales procuradores generales, no debe entenderse en aquellas cosas que serian muy perjudiciales á los otorgantes, por el abuso de los Escribanos que suelen poner estas palabras de su bolsillo, segun su estilo, ignorándolo los otorgantes; y de esta misma opinion son Covarrub. 1. *var. resol. cap.* 6. *n.* 3. y Valeron *de transact. tit.* 4. *quæst.* 5. *nn.* 27. *y* 28., citando á otros muchos. Y con efecto vemos, que en la práctica para evitar esta duda y peligro, ninguno quiete transigir con procurador, que no tenga poder especial.

7 Se puede transigir de todas las cosas dudosas, á excepcion de algunas, de las que absolutamente no se puede, ó solo se permite baxo ciertas limitaciones. En primer lugar no puede transigirse, ni vale la transaccion que se hiciere sobre lo que se manda en algun testamento, sin abrirse y verse éste; porque podria acaecer que recibiesen engaño los otorgantes en la composicion que hicieren antes, *l.* 1. *tit.* 2. *P.* 6. Y creemos tener lugar esta doctrina tambien en el caso, que los otorgantes renunciaran la vista del testamento; porque la ley prohibitiva no se puede renunciar, y esta prohibicion se ha establecido para evitar engaños. Tampoco puede transigirse de los alimentos futuros que se deben por testamento, sin autoridad del Juez. Varias leyes Romanas lo establecieron expresamente, fundadas en diferentes razones, siendo la principal el precaver que fuese engañado el alimentario, cediendo los alimentos de alguna consideracion, por un muy pequeño don de presente, y viéndose sin poder comer contra la voluntad de quien los dexó (1).

(1) *L.* 8. *de transact.*

Y aunque no hallamos establecida en las nuestras esta sentencia, nos ha parecido notarla aquí, por defenderla todos nuestros Autores, y estar recibida en la práctica, por las equitativas razones que la persuaden. Valeron *de transac. tit.* 3. *quæst.* 3. Castillo *de alimentis cap. ult.* en donde citan á otros muchos. No pertenece á los alimentos pasados, ni á los debidos por contrato, por cesar en ellos las razones que ocurren en los presentes (1), los mismos Val. y Castillo en los lugares *citados.* Y el Juez no debe conceder su permiso sin conocimiento de causa (2).

8 En quanto á delitos, es cosa cierta que sobre futuros no puede transigirse, ni hacerse pacto alguno (3); porque se presentaria asa ú ocasion para delinquir. Sobre pasados, se ha de distinguir en si se trata de ellos civil ó criminalmente. Si lo primero, puede otorgarse transaccion, porque tratándose entonces solamente de interes pecuniario, no aparece razon que pueda impedirla (4): pero podrá el Juez imponer al reo que transigió la pena que corresponde al delito, porque lo confiesa transigiendo, *l.* 22. *tit.* 1. *P.* 6., que exceptúa el delito de falsedad, el qual no se entiende confesar el que transige sobre él. Y añade, que si el que transigió pagando algo á su contendor ó acusador, lo hizo sabiendo no tener culpa para libertarse de la vexacion de seguir el pleyto, y esto lo pudiese probar, no debe pena alguna, ni se entiende que confesó el delito; antes bien deberá pagar el acusador el quadruplo de lo que recibió, si se lo piden dentro de un año, y si despues del año el duplo. Si se trata criminalmente del delito, de ninguna suerte se podrá transigir; porque (segun hemos dicho) no puede impedir el pacto de los particulares la pública coercicion ó castigo de los delitos (5), ni permite el vigor de la pública disciplina que los delitos que-

(1) *L.* 8. *C. eod.* (2) *D. l.* 8. *de transact.* (3) *L.* 54. §. *últ. de furt.* (4) *L.* 38. *tit.* 11. *P.* 5. (5) *L.* 5. *de pact. dotal.*

den sin castigo (1). Si el delito fuese tal, que mereciese el reo pena de muerte ó perdimiento de miembro, y por medio de ellas quisiere transigir con su acusador dándole algo, le es permitido; porque es cosa justa que cada qual pueda redimir su sangre, á excepcion del adulterio, que no admite transaccion en que se reciba dinero; pero puede el marido remitir ó perdonar el delito sin precio aguno, *d. l.* 22. Gregor. Lop. en la *glosa* 11. *de esta ley*, y Ant. Gom. 3. *var. cap.* 3. *n.* 55. *sigg.* exâminan latamente los efectos que produce la transaccion de estos delitos. Nos ha parecido omitirlo, porque ademas de no ser conforme á nuestro instituto derramarnos tanto en los asuntos, no son acomodables á la práctica que en el dia se observa en este particular, de tratarse siempre criminalmente estos asuntos á instancia del Fiscal, sin intervencion de acusador particular ó privada.

9 La transaccion es, como suele decirse, ***stricti juris***, esto es, de estrecha interpretacion, y por ello solo se entiende y tiene su efecto en lo que expresa, sin extenderse de cosa á cosa, ni de persona á persona, como unánimemente lo sientan los Autores, Castillo *tomo* 4. *controvers. cap.* 42. Valeron *de transact. tit.* 5. *quæst.* 2., citando muchísimas leyes Romanas y varios Doctores (2). El efecto de la transaccion es terminar el pleyto sobre que se interpone, debiéndose conformar con ella los litigantes, *l.* 34. *tit.* 14. *P.* 5. (3); de suerte, que tiene tanta fuerza como la cosa juzgada, y produce la excepcion de pleyto acabado, como lo verémos mas latamente al tratar de las excepciones. Y se considera muy favorable, por inventada para el beneficio público de poner fin á los pleytos, Castillo *lib.* 8. *controvers. cap.* 36. §. 2. *n.* 32. (4).

10 Sin embargo de la firmeza de las transacciones en utilidad del público, para que los pleytos no resuciten, se rescindirán quando se otorgaron en vista y con apoyo

(1) *L.* 51. §. 2. *ad leg. Aquil.* (2) *L.* 5. *l.* 9. §§. 1. *et* 3. *de transact.* (3). *L.* 20. *C. eod.* (4) *L.* 10. *C. eod.*

de falsos instrumentos; pero si los instrumentos solo dixeran relacion á alguno de los capítulos de la transaccion, solamente en quanto este obraria la rescision, y quedan firmes los otros (1), y lo mismo deberá decirse, si se probare haberse hecho con dolo, *l.* 34. *tit.* 14. *P.* 5., ó por miedo que cae en varon constante (2), Valer. *tit.* 6. *de transact. quæt.* 3. *n.* 7. El mismo Valeron en el *propio tit.* 6. *quæst.* 2. y Castillo *lib.* 8. *controvers.* ó *de alimentis cap.* 36. *desde el n.* 84. tratan latísimamente la qüestion de si se rescinde por las lesiones enorme ó enormísima. Convienen los dos apoyados en varias razones, y soltando las objeciones, en que no se rescinde por la enorme; pero discuerdan en quanto á la enormísima. El primero siente, que se rescinde por esta, y que no es contraria su opinion á *d. l.* 34. *tit.* 14. *P.* 5., y Castillo prueba con fervor, que segun *esta ley*, ni aun por la enormísima se rescinde: rechazando varias modificaciones de otros celebérrimos Intérpretes nuestros, que quieren templar de varios modos su doctrina. Inclinamos á la opinion de Castillo, que es lo mas que puede decir un Institutista á la vista de una qüestion tan reñida y dificil apoyada por ambas partes con grande multitud de razones de Autores, como puede verse en los dos citados. Y solo queremos advertir en conclusion de *este título*, ser lesion enormísima la que excede notablemente á la mitad del justo precio. Las leyes no expresan la cantidad del exceso, y por ello juzgan los Autores deber definirse por el arbitrio del Juez. El Señor Covar. pone dos exemplos prácticos en el *lib.* 2. *var. resol. cap.* 4. *n.* 5. y Parlador. *lib.* 2. *rer. quotidian. cap.* 4. *n.* 51. dice, que basta si excede el duplo ó el triplo; y al mismo tiempo ser la enorme la que excede algun poco la mitad del justo precio.

(1) *L.* 42. *eod.* (2) *L.* 13. *eod.*

TITULO X.

DE LAS VENTAS Y COMPRAS.

Tit. 5. P. 5. Tit. 12. lib. 10. de la Nov. Rec. (1).

1. *Quáles son las fuentes ó causas ordinarias de las obligaciones ; y la division de los contratos por el diferente modo de contraerse.*
2. *Qué cosa sea venta.*
3. *El precio debe ser en dinero, y cierto, y como lo es.*
4. 5. *Este contrato se perficiona por el solo consentimiento: quán estrecha es esta obligacion: y se puede contraer por cartas ó procurador, y cómo.*
6. 7. *Deben concordar los contrayentes en la cosa, y el precio: y quándo hay discordancia.*
8. 9. 10. *Quiénes pueden comprar y vender, y quiénes están prohibidos.*
11. 12. *Cosas que no pueden venderse; y casos en que pueden.*
13. 14. 15. *Cosas que solo se pueden comprar ó vender con alguna limitacion.*
16. *Las demas cosas se pueden vender: y de las ventas de cosas no exîstentes, y de las herencias.*
17. *Ninguno puede ser precisado á vender sus cosas; y casos de excepcion.*
18. *De los que compran con dinero ageno: y de quando la cosa se vende á dos.*
19. *De las ventas en que interviene dolo, ó se hacen por miedo.*
20. *Valen los pactos que no son contra las leyes ó buenas costumbres.*

(1) *Tit. 24. lib. 3. Inst.*

1 Diximos al *n.* 3. *del tit. antecedente*, que las causas ó fuentes ordinarias y regulares de donde nacen las obligaciones, son contrato, quasi contrato, delito, ó quasi delito; y que por el diferente modo de contraerse, se dividen los contratos en consensuales, verbales, reales y literales. Empezamos por los consensuales, por ser los mas sencillos y usuales. Son quatro, compra y venta, arrendamiento, compañía y mandato. Se llaman consensuales, porque se perficionan ó constituyen por el solo consentimiento. El mas famoso, útil y freqüente es la compra, formado despues de haberse inventado el dinero, al qual llama con razon Aristóteles el fiador de la humana

indigencia; pues por él se socorren los hombres en sus necesidades, lo que antes se hacia con mucho embarazo por el medio de las permutas.

2 Lo que ahora llamamos *venta*, lo llamaron tambien asi las leyes de la *Recopilacion*; pero las de las *Partidas* lo apellidan *vendida*, y por este nombre se significa todo el contrato de que hablamos, como asimismo por la palabra *compra*, lo que se ha introducido para la mayor expedicion y comodidad en el hablar, para no haber de repetir á cada paso las dos palabras *compra y venta*, ó *vendida*, para designar el contrato. La *ley* 1. *tit.* 5. *P.* 5. dice ser la vendida: *Una manera de pleytos que usan los omes entre sí, e se face con consentimiento de las partes por precio cierto en que se avienen el comprador e el vendedor.* Los Lógicos censurarán esta explicacion, porque ni expresa que debe haber cosa que se vende, ni que el precio haya de consistir en dinero, cuyos dos requisitos son de la esencia de este contrato; pero uno y otro se dexan entender por sus palabras. El primero, por la palabra *precio*, que no pudiendo ser de la nada; porque no lo tiene, es preciso sea de alguna cosa; y el segundo, por la voz *cierto*, que solo puede verificarse en el dinero. Debe pues sentarse como indubitable, que no puede haber venta sin cosa que se venda, ni sin precio cierto que consista en dinero, *d. l.* 1. *l.* 9. *d. tit.* 5.

3 En quanto á ser cierto el precio, no es necesario que lo sea absolutamente, como si dixera el vendedor, te vendo mi caballo por 100. pesos: basta lo sea por relacion á otra cosa. Valdrá pues el contrato, si dixere, te lo vendo por tanto dinero, quanto tengo en el arca, ó por quanto le compré: bien que en ambos casos claudicaria la venta por falta de precio, si no se encontrare dinero en la arca del vendedor, ó él no tuviese el caballo por compra, sino por donacion ó herencia, *l.* 10. *d. tit.* 5. (1). No vale si se pone el precio en el arbitrio ó voluntad de

(1) L. 7. §. 1. de contr. emp.

alguno de los contrayentes. Pero si ambos se convinieren en que le señalara alguna otra persona cierta y determinada, valdria si esta le señalaba: bien que si lo señalare desaguisadamente, mucho mayor ó menor de lo que vale la cosa, deberia ser enderezado ó regulado, segun el arbitrio de hombres buenos. Y si el tal muriere antes de señalar el precio, no valdria la venta, *d. l.* 9. (1).

4 Se constituye este contrato por el solo consentimiento de los contrayentes en la cosa y en el precio, sino es que convinieren en que fuese hecha escritura de la venta, en cuyo caso seria menester ademas que la escritura fuese hecha ú otorgada, pudiéndose hasta entonces arrepentir qualquiera de los contrayentes. Pero perficionado el contrato, ó bien por solo consentimiento, ó por la escritura en los términos explicados, ambos estan tenidos á cumplirlo, sin que haga falta que el comprador no haya dado al vendedor señal alguna, á la que comunmente llaman *arrhas*, *l.* 6. *d. tit.* 5. (2). Y adviértase con cuidado, que esta señal se puede dar antes de estar perficionado el contrato, quando todavía hay lugar de arrepentimiento; y entonces si se arrepiente el comprador que la dió, la debe perder; y si el vendedor, debe tornar la señal doblada al comprador, y no valdrá la venta. Pero si quando el comprador dió la señal dixo, que la daba por señal, y por parte del precio, ó por otorgamiento, esto es, en prueba de estar perficionado el contrato, entonces no se puede arrepentir ninguno de ellos, ni deshacer la venta que no valga, *l.* 7. *d. tit.* 5., y con arreglo á ella Greg. Lop. en la *glosa* 3. *de la misma*, Hermosilla en la *propia glosa*, Azevedo *l.* 1. *tit.* 3. *lib.* 10. *de la Nov. Rec. n.* 5.

5 Y es tan estrecha la obligacion de los contrayentes de cumplir el contrato, sin poderse arrepentir ninguno de ellos, despues de estar perficionado, que aunque alguno sacare carta del Rey para deshacerlo, subsistiria

(1) §. *I. Inst. de empt. et vend.* (2) *Princ. Inst. de empt. et vend.*

y no valdria la carta, *l.* 61. *d. tit.* 5. (1). Ni tendria obligacion el comprador de consentir que se deshiciese el contrato, aunque el vendedor le ofreciese el precio doblado, *d. l.* 61. *d. tit.* 5. (2). Perficionándose este por el consentimiento que puede manifestarse por cartas ó procuradores, se podrá celebrar estando uno de los contrayentes en un Lugar, y el otro en otro, y no estando la cosa delante de ninguno de ellos, *l.* 8. *d. tit.* 5. (3). Y si se hace por procurador, parece exîgir la *ley* 48. *d. tit.* 5. *P.* 5. que se señale el precio, allí: *señalándole por quanto precio.* Pero Gregor. Lop. en la *glosa* 5. *de la misma* dice, que parece se señala bastante, si se comete al arbitrio del procurador; y que sino se señala precio, parece mandar el dueño, que al justo precio, fundado en dos textos del derecho Romano (4); y asi lo vemos recibido en la práctica.

6 Si los contrayentes discordasen en el precio, queriendo el vendedor que fuese mayor, y el comprador menor, no valdria el contrato; pero valdria por lo contrario si el comprador estuviese por el mayor, y el vendedor por el menor, *l.* 20. *d. tit.* 5., que no explica el código, ni tampoco Gregor. Lop. al sumarla, contentándonos en alegar en su apoyo la *ley si decem* 52. *de las Pandectas*, *tit. locati conducti*, que en términos semejantes habla de la locacion ó arrendamiento, y establece valga en el precio menor lo que dicta tambien la razon; porque siempre que el que ha de soltar el precio, lo señala mayor que el que lo ha de recibir, se reputa que tambien quiere recibir la cosa por ménos; y el vendedor que lo recibe, tiene el menor que le contentaba, y de consiguiente no hay agravio en ninguno en que se entienda el mutuo consentimiento de ambos de que se transfiera la cosa del vendedor al comprador por el menor precio que aquel quiso.

(1) *L.* 3. *de rescid. vend.* (2) L. 6. *eod.* (3) *L.* 1. C. *de contr. empt.* (4) §. 1. *Inst. de empt. et vend. et. l.* 16. §. *últ. de pignor.*

7 La discordancia en la cosa, claro está que impide el valor del contrato. Y en quanto el error en ella se considera discordancia, no vale quando consiste en la substancia de la cosa que se vende, como si yo comprara laton creyendo que era oro, ó estaño pensando que era plata (1). Lo contrario se dirá, si el error solo lo es en el nombre de la cosa, *l.* 21. *d. tit.* (2). Si el error fuere en el número porque se celebró la venta de una pieza de tierra, con la expresion de que contenia 100. tahullas, y tenia 80. ó 120. seria válida; pero se puede dudar si se debe disminuir ó aumentar el precio. Y la verdadera resolucion es, que si la pieza se ha vendido como á cuerpo cierto, no hay lugar á la diminucion ó aumento; pero lo habrá si la venta se hubiese hecho con respecto á la medida. Asi lo probamos bien en nuestro Digesto, *lib.* 18. *tit.* 1. *n.* 4, fundados en la justicia de varias leyes Romanas (Españolas no tenemos), que adopta Antonio Gomez 2. *var. cap.* 2. *n.* 16. con otros muchos que cita, y tambien Ayllon, y muy lata y sólidamente el Señor Covarrub. *pract. quæst. cap.* 3., distinguiendo muchos casos en que puede haber dificultad.

8 Pueden comprar y vender aquellos que pueden obligarse el uno al otro, *l.* 2. *d. tit.* 5., que de ahí infiere no poder vender el padre al hijo que tiene en su poder, ni el hijo al padre, sino es que fuese cosa del peculio castrense ó quasi castrense. Como pueden vender los tutores ó curadores, lo diximos hablando de ellos, *lib.* 1. *tit.* 7. *n.* 36. Y ni ellos ni los Cabezaleros, esto es, Testamentarios ó Albaceas, ni qualquier otro que sea hombre ó muger, que administre bienes de otro, pueden comprar bienes de aquellos que administrare pública ni secretamente; y si se pudiese probar la compra que asi fue hecha, no vale, y ha de volver el comprador el quatro tanto de lo que valia lo que compró, y esto ser para la Cámara del Rey, *l.* 1. *tit.* 12. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.*

(1) *L.* 9. §. 2. *de contr. empt.* (2) *D. l.* 9. §. 1.

Azevedo en el comentario de *esta ley nn.* 12. *y siguientes* prueba, que por compra se entiende qualquier acto ó contrato en que se transfiere el dominio, y exâmina al *n.* 3. si es ó no correctoria de la *ley* 4. *tit.* 5. *P.* 5., en quanto permite esta la compra á los tutores si se hace baxo ciertas circunstancias, inclinando á la afirmativa contra Matienzo y Gutierrez, poniendo algunas excepciones. Ni tampoco pueden comprar heredad alguna, ni edificar casa en tierra de su jurisdiccion los Gobernadores, Corregidores, sus Oficiales, ni otro alguno de su compañía, ni por sí, ni por otro, *l.* 5. *d. tit.* 5. *l.* 3. *tit.* 11. *lib.* 7. *de la Nov. Rec.*, que tambien les prohibe usar en ella el trato de mercadería, ó traer ganados á la misma tierra, so pena, que el que lo contrario hiciere, pierda lo que asi comprare ó edificare ó tratare, ó el ganado que asi traxere para la Cámara del Rey.

9 Los Corredores no pueden comprar ni vender, ni tratar en mercaderías de qualquiera calidad que sean, por sí ni por interpuesta persona, ni las pueden tener siendo propias suyas para vender, so pena, que por cada vez que lo hicieren, pierden las dichas mercaderías, y caigan ademas en la pena de 10000. maravedís, aplicados por tercias partes á la Cámara, Juez y denunciador. Y asimismo ningun Corredor puede comprar por sí ni por interpuesta persona cosa alguna de las que se dieren á vender á otro Corredor; ni puede dar á vender un Corredor á otro las cosas que se les hubieren dado para que él las venda; y por cada vez que cada uno de ellos lo hiciere, cae en la pena de 10000. maravedís, aplicados en la misma forma, *l.* 4. *tit.* 6. *lib.* 9. *de la Nov. Rec.*, establecida por el Señor Felipe II. á peticion de las Cortes de Madrid del año 1583. Cuya ley, como dice Azevedo en su comentario, amplia la 14. *tit.* 12. *del mismo lib.* que habla del propio asunto, y es mas antigua y diminuta; y por lo mismo parece deberá entenderse corregida por esta en lo que discuerda. Los Ropavejeros no pueden comprar cosa alguna en las almonedas, *l.* 4. *tit.* 12. *lib.* 10.

10 La *ley* 17. *tit.* 1. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* manda con graves penas, que ningun hijo de familias que esté baxo del poder de su padre, ni menor que tenga tutor ó curador, pueda comprar ni tomar ni sacar en fiado, ni otro en su nombre sin licencia de los susodichos, géneros algunos de mercaderes, ni otra qualquier persona, declarando nulas tales compras, y qualesquiera fianzas y seguridades dadas para su firmeza. Y lo mismo establece de las compras que hacen al fiado los mayores ó menores que no estan baxo del poder paternal ó de tutor ó curador, para quando se casaren ó heredaren ó sucedieren en algun mayorazgo, mandando que ninguna persona les haga tales ventas, ni preste dineros, plata, oro ú otro qualquier género á pagar en los casos susodichos y tiempos inciertos: todo baxo la pena de nulidad y otras. Y la 1. *tit.* 8. *lib.* 10. prohibe se venda cosa alguna al fiado al Estudiante estante en el estudio, ó le preste dinero, sin voluntad de su padre ó del que allí le tuviere á su costa.

11 Diximos lo que era menester en el precio para que fuera válida la venta, veamos ahora lo que se necesita en la cosa, que es otro de los requisitos en este contrato. Es menester que esté en el comercio de los hombres, esto es, que pueda adquirirse su dominio á lo menos por el comprador. De ahí es que no pueden venderse el hombre libre, las cosas que se dicen de derecho divino, sagradas, religiosas, santas, y las que son de uso público, como plazas, caminos, rios, *l.* 15. *d. tit.* 5. (1), la qual añade á lo último, que el no poderse vender dichas cosas de derecho divino, debe entenderse de por sí separadamente; pero como accesorio ó adherente á alguna universidad de bienes, vendida esta, se entienden ellas vendidas, y pasan al comprador: lo que tambien dice la *ley* 8. *tit.* 15. *P.* 1. Y hay ademas varios casos de necesidad en que pueden venderse las cosas sagradas de las Iglesias, refe-

(1) §. *ult. Inst. de empt. et vend.*

ridas en la *l.* 1. *tit.* 14. *P.* 1., y son: I. Por grande deuda que debiese la Iglesia, que no se pudiese quitar de otra manera. II. Para redimir sus Parroquianos de cautiverio, sino tuviesen ellos de qué librarse. III. Para dar á comer á pobres en tiempo de hambre. IV. Para hacer su Iglesia. V. Para comprar lugar cerca de ella para crecer el cementerio. VI. Por bien de la Iglesia para comprar otra mejor. Es dignísima de leerse en este particular la doctrina de San Ambrosio, puesta en el *Decreto de Graciano* en el famoso *cap. aurum* 70. *causa* 12. *quæst.* 2.

12 Tampoco pueden venderse los mármoles ú otra piedra ó madera, que estan constituyendo algun edificio, *l.* 16. *d. tit.* 5., por considerarse fuera del comercio con este respecto. Ni las cosas de mayorazgo ó fideicomiso. Asimismo ninguno puede comprar la cosa que es suya, porque lo que ya es nuestro no podemos adquirirlo de nuevo otra vez. Esto se entiende quando toda la cosa es suya; porque si otro alguno tuviese parte en ella, valdria la venta en la parte que es agena. Por ello puede el propietario de alguna cosa comprar la posesion que tuviese otro. Y de la misma suerte el que posee alguna cosa, puede comprar la servidumbre que otro tenga sobre ella, *l.* 18. *d. tit.* 5. Quando valga, y quando no la venta de casa ú otro edificio quemado, ó árboles arrancados, lo trae latísimamente la *ley* 14. *d, tit.* 5., poniendo muchos casos. Los omitimos, porque seria muy fastidiosa su relacion; y el que la necesite lo puede ver alli.

13 Hay algunas compras y ventas que estan prohibidas con alguna limitacion, de las quales se trata principalmente en el *título* 12. *de la Nov. Rec.*, y vamos á notar algunas aqui ligeramente. En la *ley* 1. *tit.* 19 *lib.* 7. *Nov. Rec.* solo se permite comprar pan, esto es, trigo adelantado, con la condicion de haberle de pagar el comprador á los vendedores al precio que comunmente valiere en la cabeza del Lugar donde le comprare 15. dias antes ó despues de Nuestra Señora de Septiembre, aunque lo hubiese comprado ó concertado á menos precio, pro-

hibiendo expresamente que pueda comprarse de otra manera. Y la siguiente *ley* 2. y 10. manda, que en este modo de comprar tengan preferencia las Alhondigas comunes de los Pueblos, á todas las personas particulares Eclesiásticas y Seglares. Esta tasa, que segun el principio de *d. l.* 1. se puso para obviar agravios, esto es, segun parece, para que los acaudalados no graven tanto á los pobres en una cosa tan necesaria como el pan, convendria se extendiese tambien, por la misma razon, al trigo que se vende á los pobres al fiado, para que lo paguen al tiempo de la cosecha. En mi patria la Villa de Pego de este Reyno de Valencia, y otros Pueblos circunvecinos, hay la loable costumbre de que á los últimos de Junio, ó principios de Julio, el Ayuntamiento entero tasa el precio á que debe cobrarse el trigo que se ha vendido al fiado, con respecto al que ha tenido en los meses de Abril y Mayo, en que suelen vender los acaudalados el que les sobra, y se presume hubieran vendido el que antes fiaron: lo que executa con mucho exámen y moderacion, cuidando que no sea el mas alto que ha tenido, ni el mas baxo; y todos se conforman con esta tasa, sino es que alguno exprese al comprador al tiempo de vendérselo al fiado, que quiere se lo pague al precio entonces corriente, en el que se vende al dinero, y este lo acepte, como suele aceptarlo; porque con efecto este pacto es mas favorable al comprador que al vendedor.

14 En la *l.* 3. *del mismo tit.* 19. se previene, que ninguno pueda comprar trigo, cebada, avena ni centeno en poca ni mucha cantidad para revenderlo, so pena que pierda lo que asi haya comprado, y se reparta en quatro partes, la una para el denunciador, la otra para el Juez que lo sentenciare, y las otras para los pobres del Lugar donde acaeciere, con pena de destierro ademas. Y exceptúa á los recueros, trajineros, y otras personas que tienen por trato y costumbre llevar mercaderías de unas partes á otras, y en retorno compran para tornar á vender, y á los que compran para llevar de un Lugar á otro

para la provision y mantenimiento de ellos, con tal que no lo entroxen ni ensilen para encarecerlo. La extension que se pone al fin de esta ley á los arrendadores, está derogada por la *l.* 5. *d. tit. y lib.* como lo advierte Azev. *al princ. del comentario de d. l.* 3. En los mismos términos, y con la misma pena prohibe la *l.* 7. *tit.* 5. *lib.* 9. *de la Nov. Rec.* comprar garrobas y yerros para vender. La ropa que hubieren comprado los Ropavejeros no la pueden vender ni deshacer sin tenerla antes colgada á su puerta, para que manifiestamente se pueda ver por todos, á lo menos por 10. dias, *l.* 3. *tit.* 12. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.*

15 Ninguna persona por sí, ni por otra puede comprar capullos de seda, ni seda cruda en madeja para tornarla á vender en la misma especie, *l.* 5. *tit.* 5. *lib.* 9. *Nov. Rec.* De otras limitaciones en ventas de seda y paño hablan algunas leyes de *d. tit.* 12., en cuyo asunto las nuevas fraudes y circunstancias que se han observado despues, han precisado á hacer algunas variaciones y añadiduras en los posteriores reglamentos del comercio donde pueden verse. La *ley* 4. *tit.* 7. *d. l.* 9. prohibe baxo graves penas, que ninguno pueda comprar carnes vivas para tornarlas á revender en pie en las mismas ferias, mercados ó rastros. *Cuya ley* la entiende Azevedo de los que las compran con esta intencion, y solo el fin de hacer ganancias; y no de los labradores que las compran para el uso de la agricultura, ó de su familia, y mudando despues de dictámen, las vuelven á vender La *ley* 7. *tit.* 17. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* contiene varias prohibiciones y permisos para comprar mantenimientos á cinco leguas de la Corte, para revenderlos, en ella. Y *la ley* 9. *tit.* 5. *lib.* 9. *Nov. Rec.* dispone tambien como pueden ó no comprarse algunas cosas para revenderlas. Y el 2. *del mismo tit.* prohibe, que ningun tratante, chalan ó regaton salga á los caminos, puertas, plazas y calles de la Corte ni Lugares de su contorno para comprar ó atravesar de los dueños, arrieros ó trajineros ningun género de los que

conduxeren para el abasto de la Corte. Las regalías que tiene el Rey estancadas, como el tabaco, sal y otras, claro está, que solo pueden venderlas las personas destinadas por S. M. para ello, sin incurrir en las penas establecidas contra los infractores.

16 A excepcion de las cosas que hemos referido no poderse vender, ó absolutamente, ó sin limitacion, se pueden vender todas las demas, no solo las corporales, sino tambien las incorporales ó derechos, *l.* 13. *d. tit.* 5. *P.* 5., asi exîstentes, como las que no lo son, pero se espera que pueden exîstir. Valdrá pues la venta del fruto que diere este año cierta viña, ó cosa semejante, aunque no parezca al tiempo que se vende. Pero si aquel año no diese fruto alguno la viña, no tendria el comprador obligacion de dar el precio, sino es que la hubiese comprado á su ventura, *l.* 11. *d. tit.* 5., porque en este caso solo se entiende comprada la esperanza, como nota Gregorio Lop. en la *glosa* 5. Y *esta misma ley* nos pone otro exemplo de venta de la esperanza que vale, que ya le pusieron las leyes Romanas (1), del caso en que uno comprare á su ventura de un pescador lo que sacase de la primera vez. Por esta razon valdria tambien la venta, si yo dixera á Pedro, te vendo todas las herencias que me vinieren, por qualquier parte que me vengan. Pero no vale la venta de la herencia que se espera de cierta y determinada persona, sino es que se hiciere con otorgamiento y beneplácito de esta misma persona, y que durare en este placer toda su vida hasta su muerte, *l.* 13. *d. tit.* 5. Vale tambien la venta de la cosa agena, esto es, que no era del vendedor, con los efectos que veremos mas abaxo tratando de la eviccion.

17 Ninguno puede ser precisado á vender sus cosas, *l.* 3. *d. tit.* 5. (2), que solo pone una excepcion en asunto de conseguir la libertad en un esclavo (3). Pero nues-

(1) L. 8. §. 1. *de contr. empt.* (2) *L.* 11. *C. de concr. empt.*
(3) §. *últ. Inst. de donat.*

tros Autores mas célebres, Covar. *lib.* 3. *var. cap.* 14. *n.* 7. *et* 8. Gom. *var. lib.* 2. *cap.* 2. *n. últ.* y latísimamente Hermosilla en su *adicion á la glosa* 1. *de d. l.* 3. cuentan varias causas justas, por las quales se le puede precisar á un dueño á que las venda á justo precio, como son: I. La de socorrer á la pública necesidad en tiempo de mucha hambre y carestía, á cuyo fin se puede obligar á los comerciantes y á los ricos, y á qualquier otro, á que vendan el trigo ú otros comestibles precisos que les sobren. Asi refiere Bobadilla en su *Política lib.* 3. *cap.* 3. *n.* 13. haberlo executado siendo Corregidor muchas veces en estas ocasiones, haciendo sacar el trigo sobrado no solo de casas de seglares; pero de Canónigos y Clérigos ricos, y aun de las Iglesias, ú de los Obispos y de sus Mayordomos: y lo manda expresamente la *nota* 1. *y* 2. *tit.* 19. *lib.* 7. *de la Nov. Rec.*, que latamente explican Azevedo y Matienzo. II. Por el favor de la Religion se puede precisar á un vecino, que venda su casa para edificar alguna Iglesia, Monasterio ú otro pio lugar, como lo prueba Hermosilla en el lugar arriba citado, añadiendo muchas ampliaciones relativas á partes y oficinas de dichos edificios. III. Por la pública utilidad, como si faltase un camino público, ú otro que fuese necesario para ir á un lugar público ó religioso. En quanto á comprar, manda la *l.* 7. *tit.* 12. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.*, que los Jueces no puedan comprar á los Mercaderes ú otras personas que competen los bienes de los delinqüentes, ni para sus salarios, ni para otros gastos ó condenaciones, y que no les hagan molestias, declarando nulas las ventas hechas contra esta prohibicion.

18 Puede qualquiera comprar con dinero ageno, y quando asi suceda hará suya la cosa comprada, si la compró á nombre suyo, y no para el dueño de los dineros, sino es que estos fuesen de Caballero que estuviese en la Corte del Rey ú otro lugar en su servicio; ó de menores de 25. años, siendo el comprador el que le tenia en guarda; ó de la Iglesia y el Prelado, ó el que fuese

guardador á la sazon hiciere la compra. Pero en la escogencia es de cada uno de ellos tomar la cosa comprada, ó los dineros, qual mas quisiese, *l.* 49. *d. tit.* 5. *P.* 5. Si uno vendiese alguna cosa á dos, entregando al uno la posesion, y este hubiere pagado el precio, adquiere este su dominio, aunque sea el comprador posterior. Pero siempre tendrá este vendedor la obligacion de tornar el precio al otro si le habia recibido, y pagarle los perjuicios que le vinieren por esta razon. Y si la cosa vendida á dos no era del vendedor, es preferido el que tuviere primero la posesion, aunque no haya pagado el precio. Pero siempre que venga su dueño le queda salvo su derecho, *l.* 50. *d tit.* 5. Si Pedro vendió una cosa que no era suya dando la posesion al comprador, y despues de haber adquirido su dominio, porque se la legó ó dió su dueño, la vende á otro, será del primer comprador, *l.* 51. *d. tit.* 5. Si el Rey vende ó da alguna cosa agena, adquiere desde luego su dominio aquel á quien la da. Pero el que antes era su dueño, puede pedir su estimacion hasta quatro años y no mas, y el Rey se la debe pagar, *l.* 53. *d. tit.* 5. (1).

19 En las ventas en que interviene dolo, distingue la *ley* 57. *d. tit.* 5. el caso en que el dolo da causa al contrato, del otro en que solo incide en él. En el primero dice, que la venta se puede desfacer y no vale: cuyo modo de hablar parece significar, que vale, segun el rigor del derecho, y se rescinde por la restitucion *in integrum.* Pero Greg. Lop., insigne concordador de nuestro derecho con el Romano, pretende en la *glosa* 1., que el contrato es nulo (2), y la voz *desfacer* se deba entender del hecho. Y del segundo dice rotundamente, que vale la venta, y el comprador que engañó debe emendar el engaño que hizo, de manera que el vendedor tenga el precio derecho de la cosa que vendió con todas sus pertenencias que le encubrió engañosamente el comprador. De las ven-

(1) §. *ult. Inst. de usucap.* (2) *L.* 7. *de dol. mal.*

tas que se hacen por miedo ó fuerza habla la *ley* 56. *del mismo tit.* 5. y ya diximos en el *lib.* 1. *tit.* 8. *n.* 10., que se rescinden por la restitucion *in integrum.*

20 Qualquier pacto que se ponga en las ventas debe guardarse y cumplirse, como no sea contra las leyes, y contra las buenas costumbres, *l.* 38. *d. tit.* 5. *P.* 5. El que llaman de la ley *Comisoria*, y el llamado de *adicion en el dia*, son los mas famosos de los que suelen ponerse. El primero es pacto en que se convienen los contrayentes, que si el comprador no paga la cosa hasta cierto dia señalado, se deshaga la venta, el qual es valedero; y en su virtud si el comprador no paga todo el precio ó su mayor parte el dia señalado, se deshace la venta, y gana ademas el vendedor la señal ó la parte que le fue dada. Y tiene el mismo la eleccion de pedir todo el precio, y que valga la venta, ó revocarla teniendo para sí la señal ó la parte del precio que hubiese recibido; y hecha la eleccion no puede arrepentirse (1). Si el comprador hubiere recibido algunos frutos, los debe tornar al vendedor, sino es que este no quisiese tornar la señal ó parte del precio que hubiese recibido, en cuyo caso no deberia tener los frutos. Y quando se le vuelven los frutos, debe satisfacer al comprador los gastos de cogerlos. Y este pagarle el empeoramiento de la cosa, si por su culpa se hubiere empeorado mientras la tuvo, como todo consta de *d. l.* 38. Los diferentes efectos que produce el ponerse este pacto con palabras directas ú oblicuas, véase en el *tit.* 12. *n.* 4.

21 El otro pacto de adicion en dia, es una convencion de los contrayentes, de que si hasta cierto dia hallare el vendedor quien le diese mas por la cosa vendida, la pueda vender á este. Siendo la venta de esta manera, si el vendedor hallase dentro del término señalado quien le diese mayor precio, ó le mostrare otra mejoría, que la que el otro le prometió dar en la compra, debe hacer

(1) *L.* 4. §. 2. *l.* 7. *de leg. commis.*

saber al primer comprador quánta es la mejoría que el otro le promete (1); y si aquel ofreciese tambien la misma mejoría, ha de quedarse con la cosa, pagando el precio con la mejoría (2), y si no la aceptare, no vale la venta, y está obligado este primer comprador á tornar la cosa con los frutos que recibió, sacando las dispensas que hizo en cogerlos, *l.* 40. *d. tit.* 5. *P.* 5. (3).

22 Empeñando un hombre á otro alguna cosa con pacto, que si no la redimiese en cierto dia fuese del mismo acreedor comprada; pagando sobre aquello que habia dado quando la tomó á peños, quanto podia valer la cosa pasado dicho dia, segun el justiprecio de hombres buenos, debe valer el pacto (4). Lo contrario seria si el pacto fuese, de que pasado el dia sin redimirse la cosa fuese del acreedor por aquello solo que dió, quando la recibió á peños, *l.* 41. *d. tit.* 5. (5), que añade la razon de no valer el pacto en este segundo caso, y es, porque si valiera, no querrian los que prestan dineros á otros sobre peños hacerlo de otra manera, y los que les reciben, apurados de su pobreza consentirian en el pacto, aunque conociesen ser en daño suyo; y esta misma doctrina la trae tambien la *ley* 12. *tit.* 13. *d. P.* 5. Este segundo pacto reprobado suele llamarse *comisorio.*

23 El comprador debe pagar el precio convenido al vendedor, y este entregar al comprador la cosa vendida, con todo lo que le pertenezca á ella, ó le está unido. Vendida pues una casa, pertenecen al comprador las canales, los caños, aguaduchos, y todas las otras cosas que solian ser acostumbradas para el servicio de aquella casa, esten dentro de ella ó fuera. Y tambien los ladrillos, piedra, teja y madera que estuviesen puestos ó movidos en la misma casa, si fueren de ella. Pero si los mismos materiales no estuvieren ó hubieren estado puestos en la casa, no entran en la venta, aunque el vendedor los hu-

(1) *L.* 5. *de in diem addic.* (2) *L.* 8. *eod.* (3) *L.* 16. *eod.*
(4) *L.* 16. §. *últ. de pignor.* (5) *L.* *últ. C. de pact. pign.*

biese comprado y llevado á la casa para ponerlos en ella, *l.* 28. *d. tit.* 5. *P.* 5. (1). Y la misma distincion en las pérticas ó palos para levantar las vides, de que entran los que estuvieren metidos, y los que habiendo estado estan separados para volverlos á poner, y no los otros, aunque estuviesen destinados y preparados para meterlos, pone la *ley* 31. *d. tit.* 5. (2). Ni tampoco entran, sí que se quedan en el dominio del vendedor, los peces que se hallaren en alguna fuente ó balsa de la casa ó heredad vendida, ni las gallinas, ni otras aves ó bestias que hubiere en ella, *l.* 30. *d. tit.* 5. (3). Ni los muebles que no estan unidos á la casa, como las mesas, almarios, cubas ó tinajas que no estuvieren fincadas ó soterradas en la casa; pero si estuvieren entran en la venta, y pertenecen al comprador, *l.* 29. *d. tit.* 5.

24. No encontrámos en nuestras leyes tocadas las qüestiones de si vendida una caballería se entienden bendidos sus aparejos que entonces tiene; y vendida una vaca, yegua ú oveja, su parto reciente. Las resolvimos, atendido el derecho Romano, en nuestro *Digesto*, *lib.* 19. *tit.* 1. *n.* 8. Seguiriamos en España, quando sucediese el caso, lo que alli decimos, por parecernos buenas las razones en que nos fundamos. Nuestra resolucion fue alli en la qüestion. I, que los aparejos se entienden vendidos, si se pusieron á la caballería para el fin de venderla; pero no si se pusieron por causa de hacer viage ó trabajar. Y en la II., que el parto no entra en la venta de su madre, ni en otro contrato ó acto en que se transfiere el dominio, y entra en los que no se transfiere. Y ahora añadimos la ampliacion, que tambien entrará el parto quando se transfiere el dominio, si es de aquellos que no nos pueden servir para comerlos; porque en estos no puede ser la intencion de los contrayentes separarlos de sus madres; pero

(1) *L.* 17. §. 10. *de act. emp. et vend.* (2) *D. l.* 17. §. 11.
(3) *L.* 15. *eod.*

bien puede ser en los otros. Vendido un campo, dice una ley Romana (1) entenderse vendido el estiércol destinado á su cultivo.

25 Perficionada la venta, pertenece desde entonces al comprador todo el detrimento ó perjuicio que haya sucedido en la cosa vendida sin culpa del vendedor, aunque todavía no hubiese pasado el dominio de ella al comprador; y de la misma manera es suyo todo el beneficio de aumento ó mejora que tenga la cosa; pues guisada cosa es, que á quien pertenece el peligro ó daño, le pertenezca tambien el provecho, *l. 23. d. tit. 5.* (2) Pero si hubiese pacto de que el peligro fuese del vendedor, si el daño ocurria antes del entrego, á él le perteneceria, como tambien si él tuviese culpa, *l. 39. d. tit. 5.* (3) ó tardanza en entregarla. Y obsérvese, que si despues de la tardanza del vendedor, y no habiéndose perdido todavía la cosa la quisiese entregar, y el comprador tardase sin quererla recibir, y despues sucediese el daño, seria suyo; porque esta última tardanza avino por su culpa, *l. 27. d. tit. 5.* (4).

26 Si las cosas vendidas fuesen de aquellas que se suelen gustar antes de comprarse, y se venden al peso ó medida, y se perdiesen ó empeorasen antes de ser gustadas, pesadas ó medidas, seria el peligro del vendedor y no del comprador, aunque ambos se hubiesen convenido ya en el precio. Mas si sucediese el daño despues de gustadas, pesadas ó medidas, ya seria del comprador (5). Y lo mismo debe decirse en el caso, que habiendo señalado los contrayentes dia en que se gustasen, pesasen ó midiesen, no acudiese aquel dia el comprador, y despues se perdiesen ó menoscabasen. Y tambien quando no habiendo dia señalado, requirió el vendedor delante de testigos al comprador, que acudiese á gustarlas, pesarlas ó medirlas, y

(1) *L. 17. §. 2. de act. emp.* (2) *§. 3. Inst. de empt. et vend.* (3) *L. 15. de per. et com. rei vend.* (4) *L. 17. de per. et com. rei vend.* (5) *L. 35. §. 5. de contr. empt.*

no lo hiciese; y de alli en adelante sucediere el daño, *l.* 24. *d. tit.* 5., la qual añade varias particularidades, á saber: I. Que no acudiendo el comprador requirido, pueda el vendedor vender la cosa á otro; y el menoscabo que tuviere en esta venta, recobrarlo del comprador, que por ser moroso tuvo la culpa. II. Que asimismo da facultad de alquilar otros vasos ó cubas á costa tambien del comprador, si necesitara aquellos en que estaba el vino vendido. Y si por ventura no hallare vasos que alquilar, y los hubiere menester para poner otro fruto sin tener donde meterle, podrá echar en la calle ó camino lo que tenia vendido, pesándolo ó midiéndolo antes. III. Que si la venta fuese hecha de oro, plata, civera, esto es, trigo ú otra cosa semejante que se suele vender á peso ó medida tan solamente, y antes de ser pesada ó medida acaeciese el peligro de perderse toda ó parte de ella, seria del vendedor el peligro. Pero si conservándose la cosa, sucediere que el precio de las de aquella clase abaratase ó se encareciese, la mejoría ó el menoscabo que habria por esta razon seria del comprador tan solamente, es decir, que si baxare el precio, deberá pagarle entero, segun la convencion, y si subiere no ha de pagar mas que el convenido, como lo explica Greg. Lop. en la *glosa* 11. *de la misma ley* 24., recomendando mucho esta doctrina, y tambien la recomienda Hermosilla en la *glosa* 4. *de d. l. n.* 7, diciendo ambos en su conformidad, que estas ventas no se entienden perfectas en quanto al peligro; pero sí en quanto al aumento ó baxa del precio.

27 Lo que acabamos de decir en el *n. antecedente*, ha de entenderse de las ventas que se hacen con respecto al peso ó la medida, esto es, á tanto por arroba de aceite ó cántaro de vino. Pero si se hicieren ayuntadamente á la vista, no pesándolas ni midiéndolas, como si uno vendiere de un golpe todo el vino de una bodega, ó aceyte de algun almacen, pertenece al comprador todo el daño ó provecho que acaeciere despues de haberse convenido, como sucede generalmente en las ventas de las cosas que

no se pesan ni miden, *l.* 25. *d. tit.* 5. *P.* 5. segun hemos dicho en el *n.* 25. (1). Si la venta se hiciere baxo de condicion, y la cosa vendida se empeorase ó mejorase antes de cumplirse la condicion, pertenece al comprador el daño ó perjuicio. Pero si se perdiese ó destruyese toda por qualquiera manera que fuese, el daño seria del vendedor, *l.* 26. *d. tit.* 5. (2). La razon de la diferencia consiste en que la retrotraccion de la condicion, que es la que daña al comprador en el primer caso, no puede tener cavida en el segundo, por faltar el objeto en que debia obrar.

28 Tiene obligacion el vendedor de entregar la cosa al comprador de manera, que si algun otro se la quisiera embargar, ó moverle pleyto, se la debe hacer sana ó segura. A esto se suele llamar estar tenido de eviccion, ó á la eviccion ó saneamiento, esto es, á que no se le quitará la cosa al comprador. Veamos los efectos de esta obligacion. Luego que al comprador le movieren pleyto, debe hacerlo saber al que se la vendió, ó lo mas tarde antes de la publicacion de probanzas. Y si alguno no lo hiciese saber asi al vendedor, y fuese vencido en el pleyto, no podrá pedir el precio á aquel que se la vendió, ni á sus herederos. Mas si se lo hiciese saber, y el vendedor no le amparase, ó le pudiere defender en derecho, está este obligado á tornarle el precio que recibió de él por la cosa que le vendió, con todos los daños y menoscabos que le vinieron por esta razon. Y si por ventura, quando se vendió la cosa se obligó el vendedor á la pena del doble, sino defendia al comprador, le deberá pagar no el doble del precio que recibió, sino el doble de la cosa vendida, aunque mas valiese, *l.* 32. *d. tit.* 5.

29 Si uno vendiere á otro una cosa agena, puede su dueño demandarla al comprador. Pero si este emplazase al vendedor para que viniese á defenderle, y responder á la demanda, y con efecto viniere y entrase en juicio con

(1) *L.* 35. §. 5. *de contr. empt.* (2) *L.* 8. *de per. et com. rei vend.*

el dueño, como si tuviere la cosa, deberá el dueño pleytear con él, dexando en paz al que la compró. Pero si el vendedor no quisiere entrar en el pleito, podrá el dueño litigar con el comprador, quedándole á este salvo su derecho para precisar en juicio al vendedor que le haga sana la cosa que le vendió, *l.* 33. *d. tit.* 5. Si vendiere alguno todo el derecho que tenia á los bienes que heredó de otro, y el comprador fuere vencido en juicio en razon de alguna cosa de dichos bienes, no habia derecho para poder reconvenir al vendedor por la eviccion. Lo contrario seria si le vencieren por toda la herencia, en cuyo caso deberia hacer sana la venta, ó restituir el precio con los daños y menoscabos. Si comprare alguno todas las rentas de alguna heredad ú otra generalidad, tendrá derecho por la eviccion á que le sanease de todos los daños el vendedor si le venciere en todas las rentas, ó la mayor parte de ellas; mas no si fuese por alguna cosa señalada, *l.* 34. *d. tit.* 5. Si la cosa vendida fuese nave, casa, cabaña de ganado, ú otra cosa semejante, y el comprador fuere vencido en alguna cosa señalada de ellas, debia el vendedor hacérsela sana, como si le vencieren por toda la cosa principal, *l.* 35. *d. tit.* 5. *P.* 5.

30 Hemos visto que por lo regular está el vendedor tenido de evicion si al comprador le quitan lo que ha comprado, esto es, obligado á hacerle sana la cosa que le vendió, ó restituirle el precio con todos los daños y menoscabos. Pero hay varios casos en que cesa esta obligacion, referidos en la *ley* 36. *d. tit.* 5. que vamos á notar aqui, con una breve explicacion de alguno de ellos, en quanto la consideremos oportuna. I. Si tardó tanto el comprador en denunciar el pleyto al vendedor, que no lo hiciere antes de la publicacion de probanzas, segun ya lo advertimos en el *n.* 22. II. Si el comprador metiere la cosa en manos de avenidores ó compromisarios sin sabiduría y sin mandato del vendedor, y los avenidores dieren la sentencia contra el comprador (1), Gregor. Lop.

(1) *L.* 56. §. 1. *de evictione.*

en la *glosa* 3. *de esta ley*, y Hermosilla en su *adicion á la misma*; pero limitan esta doctrina á que no tenga lugar en el caso en que se hubiese dicho en la escritura de venta, que habia de estar tenido el vendedor de qualquier modo y manera que quitase la cosa al comprador. Ponen especialmente Hermosilla otras limitaciones de poco momento, que nuestro instituto no nos permite recorrer. III. Si el comprador perdió por su culpa la tenencia de la cosa que le fue vendida (1). IV. Que puede incluirse en el III. como su exemplo. Si dexó la cosa como desamparada y perdióla (2). Y es tambien exemplo del caso III. el que se pone en la cláusula *Otrosi*, la primera de *d. l.* 36., á saber: si fuese rebelde el comprador en el tiempo que quisieren dar sentencia contra él por la cosa que hubiese comprado, no queriendo aparecer para oir el juicio, y por razon de esta rebeldía perdiese la cosa. V. Le omitimos por inútil, y peor que inútil.

31 VI. Si quando pidieron en juicio la cosa al comprador, la poseia ya tanto tiempo, que la podia retener en derecho, oponiendo esta defensa y no lo hizo. Y esta doctrina, la extiende Gregor. Lop. en la *glosa* 7. á las despensas y mejoras que hubiese hecho el comprador en la cosa, y al tiempo de restituirla no las exceptuó ó protestó, que por lo mismo no podria recobrarlas del vendedor. VII. Si dieron sentencia no estando delante el vendedor, y no apeló el comprador. VIII. Si alguno jugando á tablas ó á dados vendiese alguna cosa ó la jugase, y despues la perdiese en juicio el comprador, ó el que la habia ganado, no estaria tenido el vendedor á hacerla sana al comprador, ni á volverle el precio. Gregor. Lop. y Hermosilla entienden, que esta doctrina solo tiene lugar quando el juego es de los prohibidos. IX. Si el Juez diere sentencia injusta á sabiendas contra el comprador; porque entonces el Juez es quien se la debe sanear y pechar de lo suyo, y no el vendedor que solo está tenido

(1) *L.* 8. *C. eod.* (2) *D. L.* 8.

quando se la quitan segun derecho. Gregor. Lop. *glosa* 12., y Hermos. en su *adicion* juzgan, que lo mismo debe decirse si la sentencia del Juez fue injusta por su ignorancia, y no á sabiendas, y lo prueba bien Lop. de la *l.* 24. *tit.* 22. *P.* 3. Y del mismo sentir es Covarrúbias *lib.* 3. *var. cap.* 17. *n.* 10. (1).

32 La compra y venta es el contrato en que con mucha mas freqüencia ocurre el haber de recurrir á la eviccion; pero tiene tambien lugar en los demas contratos onerosos, quando al que recibió alguna cosa se le quita ó embaraza su uso por otro, en cuyo caso podrá este recurrir contra el que se la dió, para que se la sanee. Le tendrá pues en los arrendamientos, Guzman, *de eviction. quæst.* 24. *n.* 2. En las permutas, *l.* 4. *tit.* 6. *P.* 5., el mismo Guzman, *quæst.* 29. *n.* 6. Gomez 2. *var. cap.* 2. *n.* 33. (2). En la dacion en pago de deuda, el mismo Gomez en *dicho n.* 33., y Guzman en la *quæst.* 28. *nn.* 10. *y siguientes* (3). En los juicios divisorios, Gomez en *d. n.* 33., y Guzman *quæst.* 33. *n.* 6. (4). En las divisiones de herencias previene la *ley* 9. *tit.* 15. *P.* 6., que si se hacen ante el Juez, mande este despues que fuese hecha, que las partes se afiancen mútuamente la eviccion. Pero que si el mismo padre ó testador hiciere en vida la division, no tenga esta lugar: cuya última doctrina limita Gregor. Lop. en la *glosa* 2. *de d. l.*, á que no se entienda quando constare que el testador quiso la igualdad entre sus herederos Y con mayoría de razon debe limitarse al caso en que negándose la eviccion, quedase el hijo perjudicado en su legitima. En las transacciones ó concordias tendrá lugar la eviccion, si á uno de los transigentes se le dió para que transigiera alguna cosa no litigiosa, ó comprehendida en la transaccion, y se le quitase en juicio; pero no si la cosa quitada era una de aquellas que eran objeto de la transaccion, Gomez *d. cap.* 2. *n.* 38. (5). En

(1) *L.* 51. *de eviction.* (2) *L.* 29. *C. de evic.* (3) *L.* 4. *C. eod.*
(4) *L.* 14. *C. fam. ercis.* (5) *L.* 33. *C. de transact.*

la dote habrá lugar á la eviccion si la cosa se dió estimada con estimacion que hizo compra, ó empezó por promesa que obligó al promitente, ó el dotante fue el padre que tiene obligacion de dotar, Guzman *quæst.* 26. Gomez *d. cap.* 2. *n.* 37. (1). Al que tiene la cosa por título lucrativo no le compete por lo regular la eviccion; pero si alguna vez, como por exemplo, la tiene el legatario á quien se legó una cosa en general, y se le quitó la que le habia dado el heredero, que entonces deberá darle otra, Guzman *quæst.* 27. *n.* 3., y lo probamos bien en *nuestro Digesto lib.* 21. *tit.* 2. *n.* 11., y sucederá lo mismo siempre que el que adquirió la cosa por título lucrativo tiene derecho para pedirla de nuevo ó su equivalente.

33 Tiene tambien el vendedor obligacion de manifestar los vicios ó defectos de la cosa que vende. Si no los manifestare, tiene el comprador derecho y accion dentro de seis meses para tornar la cosa al vendedor, y recobrar del mismo el precio que hubiere dado por ella. Y si dexare pasar los seis meses sin intentar esta accion, queda válida la venta; pero hasta cumplir un año puede hacer uso de otra accion que le compete, para que el vendedor le restituya tanta parte del precio, quanta se hallase que valia menos la cosa, por razon del vicio ocultado. Estos plazos de seis meses y un año se empiezan á contar desde el dia en que se hizo la venta, *l.* 65. *d. tit.* 5. *P.* 5., lo que entiende con razon Greg. Lop. en la *glosa* 11 *de esta misma ley*, en el caso de que en dicho dia observase, ó tuviese noticia el comprador del vicio; pues desde entonces y no antes debe contarse el tiempo, segun aquellas palabras del *principio de la misma ley*: *Luego que el comprador la entendiere*. En la práctica se dan á estas acciones los mismos nombres que tenian por las leyes Romanas, llamando á la primera *redibitoria*, y á la otra *quanti minoris*. Habla *esta ley* 65. de bestias vendidas; y *la* 63. de las ventas de bienes sitios ó raices, y dice: Que

(1) *L.* 1. *C. de jur. dot.*

si uno vende casa ó torre que debe servidumbre, callando esta carga, sin avisársela al comprador, puede este deshacer la venta, y está tenido el vendedor á volverle el precio con los daños y menoscabos que le hubiese causado; y no nombra la accion *quanti minoris*. Pero comentándola Greg. Lop. dice en la *glosa* 4., que por esta ley puede el comprador elegir la *redibitoria*, ó la *quanti minoris*; y en quanto á la *d.* 63. añade en la *glosa* 5., que se entenderá lo que expresa de daños y menoscabos, si el vendedor tenia noticia de la carga quando vendió, no si la ignoraba. En las ventas de bestias solo se vuelve el precio, aunque el vendedor sepa el vicio al tiempo de hacerlas, segun *d. l.* 65. Pero Hermosilla comentándola, quiere que en este caso debe el vendedor pagar al comprador quanto interesare. No nos disgusta esta opinion en quanto á la equidad; y se podrá decir habló la ley menos de lo que quiso, no expresando daños y menoscabos; y con efecto asi lo dispone *d. l.* 63. en las ventas de bienes sitios, como acabamos de decir. La misma *ley* 65. parece exîgir para que se den las acciones, que el vendedor sepa la enfermedad ó tacha de la bestia, allí: *Si lo sabe el vendedor*. Pero Greg. Lop. en su *glosa* 4. y Hermosilla en la *adicion* juzgan ser lo mismo si la ignorare; de suerte que sea como por exemplo lo que dice la ley. Es conforme á la ley Romana (1) que lo funda bien.

34 Si al tiempo de vender la cosa manifestara el vendedor al comprador el vicio que tenia, de modo que siendo este sabedor le placiese la compra, y recibiese la cosa dando el precio, no estaria el vendedor sujeto á ninguna de las acciones referidas. Y eso mismo seria si se aviniesen en el precio ambos, y la venta fuese hecha en términos, que por tacha que tuviese la bestia, no la pudiese desechar el comprador, *l.* 66. *d. tit.* 5. y en su *glosa* 2. dice Greg. Lop., que esta última doctrina debe entenderse en el caso que el vendedor ignorase, que la

(1) *L.* 1. §. 2. *de ædil. edic.*

bestia tenia vicio, tomando argumento de algunas leyes Romanas, á las que tenia tan extraordinario afecto, como manifiestan todas sus glosas. Pero si el vendedor decia generalmente, que la bestia tenia tachas, y encubria la que habia, callando, ó diciéndolas envueltas con otras engañosamente, de manera que el comprador no pudiese enterarse, estaria obligado á las dos acciones expresadas, *d. l.* 66. Si el vicio está patente á la vista, conociéndolo el comprador, no hay acciones. No hallamos en nuestras leyes decidido este caso; pero lo dice Greg. Lop. en la *glos.* 1. *de d. l.* 66., fundado en leyes Romanas (1), que dan la buena razon de darse las acciones para precaver que sea engañado el comprador; y entonces él mismo se engaña.

35 La *ley* 67. *y última de d. tit.* 5. contiene dos especies: I. Que si el comprador habiendo comprado la cosa la empeñase á otro, y despues se deshiciese la venta por alguna de las razones que hemos visto, entonces el que la tomó á peños la debe volver al vendedor cuya fué, y puede pedir al comprador que la empeñó, que le pague lo que dió sobre ella á peños. II. Que si alguno empeñase á otro alguna cosa, obligándose á no poderla vender, dar ni enagenar en manera alguna, hasta que la tuviese ya quita ó libre, y despues que la empeñó, la vendiese á otro, no valdria la venta. Y advertimos, que en los cambios ó permutas tiene tambien lugar quanto llevamos dicho sobre las acciones *redibitoria* y *quanti minoris*, *l.* 4. *tit.* 6. *P.* 5.

36 Como la equidad dicta, que haya igualdad entre el precio y la cosa vendida, y por otra parte la pública utilidad exîge que se cumplan y sean valederos los contratos, hallamos establecido sobre desigualdad, que si esta fuere en mas de la mitad del justo precio, puede rescindirse la venta; pero no si es menor. En la *l.* 56. *tit.* 5. *P.* 5. y 2. *tit.* 10. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* (2)

(1) *L.* 1. §. 6. *de. ædil. edic. et alibi.* (2) *L.* 2. *C. de. rescind. vend.*

se previene, que si el vendedor fué engañado en mas de la mitad del precio, como si vendió por menos de cinco lo que valia diez, debe el comprador, ó suplir el precio justo que valia la cosa quando la compró, ó dexársela al vendedor, recobrando de este el precio que le dió. Y si el engañado fué el comprador, porque compró por mas de quince lo que valia diez, está obligado el vendedor á restituir el exceso del justo precio que llevó, ó tomar la cosa que vendió, tornando al comprador el precio que recibió: de suerte que siempre está en arbitrio del que engañó tomar uno de los medios indicados. Y añade *d. l.* 2., que tambien debe guardarse lo que va dicho en las ventas, cambios y otros contratos semejables, aunque se hagan por almoneda desde el dia en que fueren hechos, hasta en quatro años, y no despues. Si se puede renunciar este beneficio lo trata Anton. Gom. 2, *var. cap.* 2. *n.* 26. y mas latamente el Sr. Covar. 2. *var. cap.* 4., en donde solo juzga válidas aquellas renuncias, que son especiales y hechas por los que sabian el justo precio de la cosa. Los Oficiales de Cantería, Albañilería, Carpintería y otros que toman obras á destajo ó en almoneda, no pueden alegar este engaño por la razon de ser expertos, *l.* 4. *d. tit.* 1. Cuya excepcion manifiesta claramente tener tambien lugar este remedio en los arriendos; porque de otra suerte seria importuna. Si el engaño no llega á ser de mas de la mitad, subsiste el contrato sin estar sujeto á rescision, *l.* 3. *d. tit.* 1.

37 Ahora que ya se tiene alguna nocion de lo que son contratos, nos parece oportuno hablar de dos cosas dignas de saberse, y que deben atenderse en todos. Es la 1., que en todo contrato han de considerarse algunas circunstancias, de las quales unas son esenciales, otras naturales, y otras accidentales. De todas pondremos exemplos en el contrato que acabamos de explicar. Circunstancia esencial ó perteneciente á la esencia ó ser del contrato es el precio. Si esta falta, ya no hay venta sino donacion, aunque se usase de la palabra venta, como

si dixera Pedro: *Te vendo mi caballo de valde.* Natural es aquella que pertenece á la naturaleza ordinaria del contrato, es decir, que aunque no se explique se entiende; pero si falta ó se excluye por voluntad de los contrayentes no tiene lugar, y permanece el contrato: tal es la de estar tenido á la eviccion el vendedor. Y accidental es la que no la exîge la naturaleza del contrato, y solo está por la mera voluntad de los contrayentes; y por ello nada altera la naturaleza del contrato: qual seria que el precio se hubiese de pagar en moneda de oro ú de plata.

38 La II. cosa que queremos advertir es, á qué grado llega en cada contrato la obligacion de los contrayentes. Para ello conviene saber ántes, que son cinco las cosas, de cuya prestacion puede dudarse, *l.* 11. *tit.* 33. *P.* 7., y son dolo, culpa lata, leve, levísima y caso fortuito ú ocasion que sucede por aventura, que no se puede precaver. Dolo, al que las leyes de la P. llaman engaño, es: *Maquinacion que se hace para engañar á otro.* Culpa: *Hecho con que se daña á otro sin razon; pero sin intencion de dañarle.* Y caso fortuito: *Aventura que no puede precaverse.* De la culpa hay tres especies, lata, leve y levísima. La lata es como grande y manifiesta culpa ó necedad, que es semejante al engaño: quando uno dexa de poner el cuidado que pone qualquier hombre regular. Leve es la mediana: quando uno no cuida, como los hombres diligentes. Y levísima es, no cuidar como cuidan los hombres diligentísimos. Esto supuesto debe saberse, que esta locucion prestar el dolo, la culpa, ó el caso fortuito, es figurada, y significa prestar el daño ocasionado por el dolo, ó la culpa, ó el caso fortuito. Baxo esta advertencia decimos, que en todos los contratos se presta el dolo, y en ninguno el caso fortuito. Y en quanto á la culpa, se presta la lata tan solamente, quando toda la utilidad es del que da la cosa. La leve, quando la utilidad es de ambos. Y la levísima, quando es solo del que recibe, *l.* 2. *tit.* 2. *P.* 5., de suer-

te que la lata se presta en todos. Segun ello en este contrato de compra y venta se presta la culpa leve. Pero nótese, que si se hallare culpa ó tardanza en el que debe restituir, sea qual fuere el contrato, estará obligado á prestar el caso fortuito que viniere despues: Y que la convencion de los contrayentes hace que á su tenor se preste mas ó menos de lo que corresponde á la naturaleza del contrato, como lo advertiremos en alguno de los contratos en que hallemos apoyo de nuestras leyes. Solo no tiene lugar la convencion de que no se preste el dolo, que es nula por contraria á las buenas costumbres, á causa de que presta asa para delinquir.

TITULO XI.

DE LOS RETRACTOS.

Tit. 13. lib. 10. de la Nov. Rec.

1. *Qué sea retracto, y sus especies.*
2. *Qué sea retracto de sangre, y la razon de su introduccion.*
3. *A quién y contra quién compete.*
4. *Ahora, no queriendo ó no pudiendo usar de él el mas próxîmo pariente, pasa al que sigue hasta el quarto grado, y cómo se cuentan estos.*
5. *Respecto de quien se considera la proxîmidad, y cómo hay lugar á la representacion.*
6. *Qué sucede quando son muchos los que estan en el grado mas próxîmo.*
7. *No da prelacion el que sea doble el parentesco.*
8. *No puede cederse el derecho de retracto, ni competer á Monasterios; pero compete á los hijos desheredados, á los naturales, y á los que renunciaron la sucesion.*

9. 10. 11. 12. 13. 14. *De la materia del retracto.*
15. *Quáles son los títulos de enagenacion que dan lugar al retracto.*
16. *Se conceden nueve dias para retraer.*
17. 18. 19. *Desde quando se han de contar los nueve dias.*
20. *De las solemnidades que se requieren en este retracto.*
21. 22. 23. 24. *Del retracto de los comuneros, y si tiene lugar en las cosas muebles.*
25. *De los retractos que competen al dueño directo, y al superficiario, y de la prelacion entre los retractos.*
26. 27. 28. *Del retracto convencional.*
29. *Efecto general de todos los retractos.*

1 El asunto de *este título*, como perteneciente á compras y ventas, podia muy bien haberse incluido en el antecedente; pero la grande extension de aquel, y las muchas útiles qüestiones que se ofrecen con freqüencia en los Tribunales sobre retractos, nos han hecho creer ser mas conveniente tratar de ellos en título separado. Retracto en general es: *Redencion ó nueva compra de la cosa que se habia vendido, por el mismo precio que se vendió, hecha por alguno á quien esto se ha concedido por ley, costumbre ó pacto.* Son varias sus especies; pero el mas famoso y freqüente en nuestra España es el que suele llamarse *legítimo*, *gentilicio ó de sangre*, ó con mas freqüencia, *de abolengo*, á causa de concederle la ley por razon de la sangre ó parentesco. Su orígen es antiquísimo y muy recomendable; pues ya estuvo en observancia en la ley de Moyses, como se lee en el *Levítico*, *cap.* 25. *vers.* 25. allí: *Si attenuatus frater tuus vendiderit possessiunculam suam, et voluerit propinquus ejus: potest redimere quod ille vendiderat.* Los Romanos le recibieron tambien, aunque despues le reprobaron, como todos los otros retractos, segun pueden verse en la brevísima historia que de ello ponemos

al principio del Apendice de retractibus en nuestras Instituciones Romano-Hispan.

2 Se puede definir el derecho de este retracto diciendo ser: *Derecho que compete á los mas próxîmos parientes del vendedor constituidos dentro del quarto grado, para redimir los bienes raices de sus abuelos ó padres, ofreciendo al comprador el mismo precio por el que les habia comprado.* La razon de su introduccion es socorrer á la grande aficion que todos tenemos á las posesiones de nuestros antepasados, de la qual refiere considerables testimonios Manuel Gonzalez (1). Nuestras leyes han atendido tanto á esta aficion, que han establecido varias reglas en su razon. Ante todas cosas debe tenerse presente, que han concedido este derecho á los parientes dentro del quarto grado del vendedor, que vendió á un extraño las posesiones de sus abuelos ó padres, *l.* 1. *tit.* 13. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* Pero adviértase, que solo compete á aquellos parientes que descienden del ascendiente de quien se deriva la cosa vendida, *d. l.* 1. allí: *I alguno de aquel abolengo la quisiere.*

3 Por quanto la referida razon que introduxo el retracto, tanto es mas llena, quanto es mayor la proxîmidad del parentesco, y nuestras leyes que le establecieron, prefieren manifiestamente los mas cercanos parientes á los mas remotos, nos parece muy bien lo que dicen Antonio Gomez en la *l.* 70. *con las cinco siguientes de Toro*, (9. 10. 11. 12. 13. *y* 14. *d. tit.* 13.) Hermos. en la *l.* 55. *tit.* 5. *P.* 5. *glos.* 5., y Matienz. en la *d. l.* 1. *del tit.* 13. *glos.* 5. *desde el n.* 8., que tambien compete este derecho á los parientes mas próxîmos del vendedor, quando este vendió la cosa, no á un extraño, sino á un pariente mas remoto. Pero lo que añaden los mismos, que podrá un pariente retraer por la mitad la cosa vendida á otro pariente de igual grado, tiene mayor dificultad como lo conoció Azeved. en *d. l.* 1. *n.* 59.,

(1) *In cap.* 8. *extra de in integr. restit.*

aunque no se atrevió apartarse de su opinion. Respetamos la autoridad de tan insignes Intérpretes; pero siempre nos ha parecido mas probable la contraria sentencia. Porque ademas que la materia de los retractos no es favorable, sino odiosa, como citando á muchos lo confiesa el mismo Hermosilla en *d. l.* 55. *glos.* 4., y de consiguiente no se debe ampliar sino estrechar; no hay cosa mas segura en el derecho, de que en caso de duda es mejor la condicion del que posee (1), y mas quando se disputa del lucro entre dos (2). Cuya sólida razon la comprueba claramente en esta misma materia de retractos la *ley* 55. *tit.* 5. *P.* 5., quando vendiendo uno á su comunero la parte suya, niega el retracto á los otros comuneros que le tendrian, si la vendiese á un extraño, como enseñan muy bien el propio Hermosilla en *d. l.* 55, y Greg. Lop. en el *mismo lugar*. Y con efecto, no es fácil señalar razon alguna de diferencia entre los dos casos. Por otra parte en esta sentencia, ni sale la cosa vendida de la parentela, ni se turba el órden del parentesco, de suerte que por ninguna parte que se mire da lugar á justa queja.

4 Antiguamente en el derecho de retraer no tenia lugar lo que los Romanos llamaron edicto sucesorio, esto es, no queriendo retraer el pariente mas próxîmo, quedaba salva la venta, sin pasar el derecho al siguiente grado, sino es que el mas próxîmo estuviese ausente del Lugar del contrato, como lo dispuso la *ley del Fuero*, transcrita en la *d. l.* 1. *tit.* 13. Pero despues se corrigió esto por la *ley* 7. *tit.* 13. (73. *de Toro*) mandando, que no queriendo, ó no pudiendo retraer el pariente mas cercano, lo pudiese hacer el siguiente en grado hasta el quarto. En el contar los grados juzgan comunmente nuestros Autores, que debe seguirse la computacion civil; porque la canónica solo se sigue en las causas de matrimonio, Azevedo en *d. l.* 7. *n.* 6. Matienzo en *d. l.* 1. *glos.* 5. *n.* 7. Pero Parlador. en la *diferencia* 109. §. 3. *n.* 14. *y siguientes*

(1) *L.* 128. *de div. reg. jur.* (2) *L.* 126. *eod.*

defiende con argumentos de tanto peso la contraria opinion, que nos parece muy probable. Si el mas próxîmo pariente está presente quando se hace la venta á un extraño y calla, no se entiende por eso que renuncia el derecho de retraer, como lo prueba Gomez en *d. l.* 73. *de Toro n.* 20.

5 La proxîmidad de parentesco, por la que se concede el derecho de retraer, se ha de considerar con respecto al vendedor, *l.* 2. *tit.* 13. allí: *Otro pariente propinquo del vendedor.* De ahí es, que si el hijo y el hermano del vendedor disputan para retraer una cosa, que ya fue del padre del vendedor, debe ser preferido el hijo, *d. l.* 2. Y de que la ley llame el mas próxîmo, no hemos de inferir que quiso excluir la representacion, Molin. *de Hispan. primog. lib.* 3. *cap* 8. *n.* 11. como ni en las sucesiones intestadas, que tambien se conceden á los mas próxîmos, está excluida, y tiene lugar en la línea recta *in infinitum*, como suele decirse; y en la transversa hasta los hijos de los hermanos inclusive, segun diximos en el *lib.* 2. *tit.* 8. *nn.* 3. *y* 7. Cuya doctrina aprobada alli por nuestras leyes, debe admitirse aqui en *d. l.* 1. porque los derechos del retracto en admitir los parientes mas próxîmos, estan conformes con los de las sucesiones intestadas, como lo advierte Azev. en *d. l.* 7. *n.* 4. Hermosil. en la *l.* 55. *tit.* 5. *P.* 5. *glos.* 8. *n.* 56. y otros. Diximos *en admitir los parientes mas próxîmos*, porque en lo demas no lo estan enteramente: á lo menos no lo estaban antes en que el derecho á la sucesion intestada llegaba hasta el grado décimo.

6 Si concurrieren á retraer dos ó mas parientes de igual grado, todos serán admitidos, y se partirán la cosa, *d. l.* 1. *tit.* 13. sino es que la cosa fuese indivisible, en cuyo caso habria lugar á la licitacion, y se la llevaria el que ofreció mas, Azev. en *d. l.* 1. *nn.* 50. *y* 51. Y si uno solo acudiere á retraer, se la llevará toda, aunque sea divisible, sin que se le precise á requerir á los otros, si la quieren tambien, ni dar en su razon fiador alguno.

Pero si los demas vinieren despues del retracto dentro del término legítimo, serán admitidos, y sacará cada uno su parte al que retraxo, como lo prueba el mismo Azev. en *d. l.* 1. *n.* 46. *y siguientes.* No es contraria esta sentencia á la que hemos abrazado arriba *n.* 3. *vers. Respetamos*; porque en aquella venta no estuvo la cosa sujeta á los derechos del retracto, y en esta quedó sujeta, y estándolo á ninguno se les pueden quitar.

7 El doble vínculo de parentesco no da prelacion entre los que estan en igual grado. La solidez de esta sentencia se ve clara en el siguiente exemplo. Pedro me tiene á mi hermano de ambos lados de padre y madre, y á Juan que solo lo es de parte de padre; y habiendo vendido á un extraño una cosa de nuestro abolengo, concurrimos los dos hermanos á retraerla; no tendré yo preferencia alguna. Nos mueve á pensar asi la razon inductiva del retracto, manifestada arriba *nn.* 1. *y* 2., que concurre con igualdad entre nosotros dos, como lo observará qualquiera que lo considere. No nos embaraza la única razon, por la que Hermos. en *d. glos.* 8. *n.* 58. y Matienz. en *d. l.* 1. *glos.* 4. *n.* 3. con otros defienden lo contrario, de que los derechos de retraer se gobiernan por los de la sucesion intestada; porque segun hemos indicado al *n.* 5. engaña alguna vez. Y en lo que tratamos no puede tener lugar, por ser muy diferente en un caso y otro la consideracion que nos precisa á seguir nuestra opinion. En la sucesion intestada de Pedro seria yo preferido á Juan, porque sus bienes se considerarian como que eran de él, sin respeto alguno de si venian ó no de su padre, y de él soy yo mas estrechamente pariente, por serlo de ambos lados. Pero en el derecho de retraer se consideran, como que le vinieron de su padre; y este tanto era padre de Juan, como mio. Por solo lo que llevamos dicho, nos plació por la primera vez nuestra opinion, quando estabamos formando el *Apendice de retractibus*, que va en nuestra *Institucion. Romano-Hispan.*, y luego nos asustó haber tropezado con la *ley* 13. *tit.* 10.

lib. 3. *del Fuero Real*, que manifiestamente da prelacion al pariente de doble vínculo. Pero calmó presto el susto con mucha satisfaccion nuestra, por haber observado, que *d. l.* 13. está transcrita en la 1. *del tit.* 13., variadas ó corregidas las palabras de prelacion. Las de *d. l.* 13. son estas: *I. si dos ó mas la quisieren, que son en igual grado de parentesco, háyala el mas propinco*; y las de *d. l.* 7. las que se siguen: *I. si dos ó mas la quisieren, si son igual grado de parentesco, pártanla entre sí; y si no fueren en igual grado, háyala el mas propinquo.* ¿Quién no ve, que por estas palabras solo se concede prelacion al que es mas próxîmo en el grado?

8 Siendo la causa de este retracto, que la cosa no salga de la parentela, claro está que el que tiene este derecho no puede cederle á un extraño. Ni puede tenerle el Monasterio en que hubiere profesado el pariente; porque la doctrina que el Monasterio sostiene y representa la persona del que profesó, no tiene lugar en las cosas personalísimas, que resisten toda representacion, y no tienen cabida en la persona fingida, qual es el Monasterio, Azev. en *d. l.* 1. *n.* 26. Gom. en *d. l.* 73. *de Toro, n.* 8. Y ahora se añade en exclusion del Monasterio la *pragmática del año* 1792. *que es la ley* 17. *tit.* 20. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* que le excluye de la sucesion intestada, como vimos en este *lib.* 2. *tit.* 8. *n.* 12. Pero sí que compete á los hijos naturales y á los desheredados, como tambien á los que hubieren renunciado la sucesion de su padre, como lo prueba Gom. *en d. l.* 73. *de Toro, nn.* 4. 5. *y* 6.

9 La materia de este retracto son las cosas ó bienes raices que estuvieron en el patrimonio de los abuelos ó padres comunes del que las vende, y del que las retrae, *d. l.* 1. *y* 3. *d. tit.* 13. Y no es menester lo hayan estado en los de los dos: basta en qualquiera de ellos, porque las leyes hablan disyuntivamente, *d. l.* 1. 2. *y* 5. *d. tit.* 13. allí: *Patrimonio ó abolengo*, Gomez en *d. l.* 73. *de Toro n.* 3. en donde trata latamente la qüestion, y resuelve,

bastará que hayan estado en solo el del padre, si este las conservó hasta su muerte; pero quando enagena durante su vida las que adquirió con su propio trabajo ó industria, no estan sujetas al retracto. Hemos dicho que solo las cosas raices ó inmuebles son materia del retracto; pues aunque la *ley* 4. *y siguientes d. tit.* 13. usen de la palabra generalísima, *cosa*, que comprehende tanto las muebles como las inmuebles; la 7. á la que se refieren las demas, usó de la palabra *heredad*, que segun el uso comun no se acomoda á las muebles, Matien. en *d. l.* 1. *tit.* 13. *glosa* 1. *nn.* 1. 2. 3. Azev. en *la misma nn.* 7. 8. 9. en donde lleva en comprobacion la *ley* 230. *del estilo*, alli: *Las heredades y otras cosas raices*; y añade no haber duda en esto. Fuera de esto la razon de afeccion, en que estriba el derecho de retracto, no suele recaer sobre las cosas muebles, Azev. en el *lugar citado*, Hermosilla en *d. l.* 55. *tit.* 5. *P.* 5. *glos.* 4. *n.* 7.

10 La *l.* 3. *de d. tit.* 13. exîge para que competa el retracto, que el vendedor hubiese heredado la cosa que vende de sus padres ó de sus parientes, excluyéndole quando la hubiere comprado ó habido por troque, donacion ó por otra manera. Pero meditada bien esta *ley* con respecto á la razon que ha introducido el retracto, juzgamos deberse entender esta exclusion de adquisiciones por títulos singulares, quando vienen estos de extraños, y no de los ascendientes. Pongamos para mayor claridad exemplos: Vende Pedro un campo que habia adquirido por venta ó donacion que le hizo Juan, no tiene Diego hijo de Pedro derecho para retraerle. Por lo contrario lo tendrá, si dicho su padre Pedro le hubo; porque su padre ó abuelo Francisco se lo legó ó dió en donacion *propter nuptias*, ó en mejoras, ó en dote si fuere hembra. Asi lo siente Gomez en *d. l.* 73. *n.* 3. *vers. Sed*. Y lo convence la consideracion de que en este caso el campo ya era familiar ó de parentela en la persona de Pedro, cuya qualidad no pudo alterar el título singular con que lo adquirió, como dimanante de un ascendiente suyo; y mientras la conser-

va, siempre está sujeta al retracto. El hacer la ley mencion dè solo el título de herencia, es por ser el regular de conseguir los hijos los bienes de sus padres. Esta misma razon de que quando conserva la cosa la calidad de familiar, puede siempre ser retraida, dió justo fundamento á Matienz. para decir en *d. l.* 1. *glos.* 8. *n.* 10., que si un pariente retraia la cosa vendida á un extraño, quedaba esta sujeta al retracto, sin embargo de que el retrayente no la adquirió de pariente suyo por título de herencia, sino por el singular de venta, como subrogado en lugar del comprador extraño de quien la retraxo. Le quiso censurar por esto Azev. en *d. l.* 1. *n.* 77. pero sin razon, movido solo por la certeza de las palabras de *d. l.* 3.

11. En tanto son materia del retracto las cosas, en quanto no han llegado á salir del patrimonio ó descendencia del ascendiente del que vende y el que retrae; porque si han sido ya vendidas á un extraño, sin que pariente alguno haya querido ó podido retraerlas, se pueden vender libremente sin sujecion á retracto, aunque hayan vuelto despues al pariente que las vendió al extraño: sino es que volvieren por causa de la venta que él hizo, como por pacto de retroventa, ó de la ley comisoria. Es la razon, porque toda vez que la cosa se hizo ya de libre enagenacion, asi permanece; y mudada la calidad de la persona, se muda la de la cosa (1). Asi lo prueban con muchas razones Gom. en la *l.* 70. *de Toro n.* 24. Azev. en *d. l.* 1. *nn.* 75. *y* 76. Matienzo en *la misma l.* 1. *glos.* 8., y nadie duda. Pero si la cosa volvió al pariente que la vendió al extraño por causa de esta venta, hay lugar al retracto, como alli mismo prueban Azev. y Matienzo; porque vuelve á su prístina causa, sin considerarse haberse enagenado (2).

12 Si muchas cosas paternas ó patrimoniales fuesen

(1) *L* 90. §. 1. *de adq. v. om. her.* (2) L. 10. §. *últ. quib mod pign. v. hypot solv.*

vendidas por un solo precio para todas, no le será permitido al pariente retraer una sin las otras, sino que deberá retraerlas todas ó ninguna: pero si á cada una se le señaló su precio, retraerá las que quisiere, *l.* 5. *d. tit.* 13.; porque en el primer caso se considera una sola la venta, y en el segundo muchas (1). Y nos parecen bien dos limitaciones, ó antes declaraciones del segundo caso que traen Azev. en *d. l.* 5. *n.* 6., y Matien. tratando latamente de estas ventas en *d. l.* 1. *glosa.* 7. desde el *n.* 20. I. Quando constare, que el comprador no las hubiera comprado sino todas, y no unas sin las otras; porque entonces siempre se considera una sola venta (2): de otra suerte quedaria perjudicado el comprador. II. Semejante á esta: Si dos cosas fueren dadas por el pariente á un extraño, cada una por su precio, en paga de una deuda que le debia. Para esto es menester advertir, que el dar alguna cosa en paga de deuda tambien hace lugar al retracto; porque se reputa venta, como luego veremos. Pongamos ahora el exemplo: Pedro, que me debia 300. pesos, me da en pago sus campos patrimoniales A. B. aquel por 200., y este por 100. No podrá su pariente retraer el uno sin el otro, sino los dos al mismo tiempo; porque sin embargo de la diversidad de precios, deberá considerarse una sola venta, puesto que tambien es una sola la deuda: y se precisaria al acreedor á cobrar por partes.

13 Si de dos cosas vendidas solamente la una fuese patrimonial, podrá el pariente retraer esta, dexando la otra en poder del comprador, tasándose por peritos el valor de la patrimonial para darlo al comprador. Pero juzgan Azevedo y Molina en el *lugar arriba citado*, deberse permitir á este ofrecer las dos, restituyéndosele todo el precio con el efecto, que por esta oblacion estará obligado el pariente á tomar las dos ó ninguna. Hermosilla en *d. l.* 55. *tit.* 5. *P.* 5. *glosa* 8. *n.* 54. es dictámen con mas

(1) *L.* 34. *de ædil. edic.* (2) *D. l.* 34.

probabilidad, que solo se le deberá precisar quando el comprador no hubiere tomado la tierra libre sin la patrimonial, y añade, que asi respondió consultado sobre este caso; y asi respondió en otro semejante entre los Romanos el Jurisconsulto Scevola (1).

14 La cosa patrimonial vendida á un extraño, está sujeta al retracto, aunque haya pasado á muchas manos; porque la accion para retraer no es personal nativa, esto es, no nace del contrato considerado en sí solo, sin la ayuda de la ley, sino dativa de la clase de aquellos que los Romanos llamaron *in rem scriptas*, que nacen inmediatamente de la ley, é imitando á las reales se dan contra qualquiera poseedor. Compete pues esta accion contra el tercer poseedor, Gomez en *d. l.* 70. *n. últ.* Azevedo en *d. l.* 7. *n.* 40. Matienzo en la *misma l.* 1. *glosa* 8. *desde el n.* 11., sin ser del caso que este posea por título oneroso ó lucrativo. Si fuese este oneroso, por haber comprado la cosa del primer comprador, deberia el pariente que retrae darle el precio no de su compra, sino el de la anterior, quando hizo la venta el pariente; porque esta fué la que dió causa al retracto. Pero no se negará al segundo comprador la eviccion contra el primero de quien él la compró, aunque este no la tendrá contra el pariente que se la vendió, Matienzo. en *d. l.* 1. *n.* 15., contentándose con recobrar del que retrae el precio que él pago.

15 A este retracto da causa el contrato de compra y venta, y de él hablan todas las leyes que le conceden. El de permuta está expresamente excluido en *d. l.* 1. y por ello es libre á qualquiera pariente permutar una cosa suya patrimonial por otra, sin rezelo que la retraigan: lo que se entiende, sino hubiere fraude en ello. Porque si apareciere, que, siendo el contrato propiamente compra, le apellidaren los contrayentes permuta para impedir el retracto, no quedaria impedido, Azeved. en

(1) *L.* 47. §. 1. *de minor.*

d. l. 1. *n.* 80. Matienz. en *la misma en toda la glosa* 10. en que exâmina lata y doctamente muchos casos en que pueda presumirse fraude, Gomez 2. *var. cap.* 2. *n.* 10. y el Señor Covar. *lib.* 2. *var. cap.* 4 *n.* 9. La dacion en paga da lugar al retracto, por hacer las veces de venta (1). Y porque de otra suerte, se burlaria con mucha facilidad el retracto, con sola la mutacion del nombre, Gomez en *d. l.* 70. *n.* 20. Cuya sentencia admiten con razon Azev. y Matienz. en *d. l.* 1. quando, segun es regular, se da una especie por deuda que se debia en dinero; porque si te diere una especie por otra, seria permutacion. En la dacion en dote tendrá lugar quando lo fuere de bienes sitios, que se dieron estimados con estimacion que haga venta, de lo que hemos hablado tratando de las dotes.

16 El derecho de retraer dura nueve dias, pasados los quales ya no tiene lugar, *ll.* 1. 2. 4. 6. *y* 7. *tit.* 13. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* Corren contra los menores, pupilos y ausentes, de modo que contra el lapso de estos dias no se concede restitucion alguna, *l.* 2. *d. tit.* 13. Y aunque *esta ley* no habla de los ignorantes, se debe tambien entender de ellos, corriendo con mas facilidad contra ellos los tiempos de las prescripciones, que contra los menores y los pupilos, como se ve en la usucapion ó prescripcion ordinaria, que no teniendo lugar contra estos, corre contra los ignorantes, Matienz. en *d. l.* 2. *glos.* 12. *nn.* 18. *y* 19. Hermosill. en *d. l.* 55. *glos.* 8. *nn.* 32. *y* 33. en donde citando á otros, exceptúa los casos en que por fraude ó culpa del vendedor ignoró la venta el pariente, como si salió del Lugar de su domicilio para otorgar la venta, ó buscó Escribano de otro Pueblo, estuvo mucho tiempo oculta la venta, ó sucedió otra cosa semejante, de que pueda aparecer ó presumirse fraude; porque entonces empiezan á correr los nueve dias desde aquel en que tuvo noticia el pariente, pues á ningu-

(1) *L.* 4. *C. de evict.*

no debe patrocinar su fraude. En las ventas judiciales tiene tambien lugar el retracto, y se cuentan los nueve dias desde el del remate, *l.* 4. *d. tit.* 13.

17 En quanto á las demas ventas exâgitan nuestros Intérpretes dos qüestiones muy reñidas: la una si se han de contar desde el dia de la convencion, ó desde el de la tradicion: y la otra si se han de contar naturales, ó de momento á momento. En la primera vencen en número los que defienden deberse contar desde el dia de la convencion, y son entre otros Covar. 3. *var cap.* 11. *n.* 2. Azeved. en *d. l.* 1. *n.* 62. Matienz. en la *misma l.* 1. *glos.* 6. en donde exâmina latísimamente la qüestion, diciendo ser mas verdadera y comun esta opinion, y mas recibida en la práctica, y Gutierrez *lib.* 2. *quæstion.* 152. que debe estarse por ella en juzgar y aconsejar. Los argumentos que la apoyan son de mucha fuerza: I. *Las palabras de d. l.* 1. allí: *Despues que fuere vendida la cosa hasta nueve dias* y las semejantes de la *d. l.* 15. allí: *Desde el dia que la vendida fuere hecha hasta nueve dias*; pues como es notorio, la cosa se dice vendida, y la venta hecha desde la convencion, por ser este contrato consensual, que se perficiona por el solo consentimiento de los contrayentes. II. El que en las ventas judiciales se cuentan desde el dia del remate, *d. l.* 4. el qual corresponde en las extrajudiciales á la convencion; porque el rematar el Juez la subasta, es suplir el consentimiento del vendedor, y no el entregar la cosa. III. Que este retracto, segun hemos visto al *n.* 3. no se reputa favorable, sino odioso, y por ello se le deben estrechar los límites. Y este es nuestro parecer.

18 Antonio Gomez defiende acérrimamente la opinion contraria en la *l.* 70. *de Toro n.* 16. diciendo, que siempre la conservará en juzgar y en aconsejar, confesando sin embargo estar la otra recibida en la práctica, y que vió sostenerla la mayor parte de los Doctores de la Universidad de Salamanca en cierto exâmen. Sus razones se reducen á dos: I. Que el fin de este retracto es,

que la cosa no salga de la familia, lo que dura hasta la tradicion, por la qual, y no por la convencion, pasa el dominio del vendedor al comprador. Es esto verdad; pero tambien lo es, que por la convencion adquiere el comprador accion para pedir que se le entregue la cosa; y el que la tiene se juzga tener la misma cosa (1), por no poderse resistir el vendedor á entregarla. Añade, que de la contraria sentencia se seguiria el inconveniente de que pudiéndose ocultar con facilidad la convencion, quedarian con freqüencia engañados los parientes, sin poder usar de su derecho por ignorancia; pero ya hemos dicho, que quando fraudulentamente se oculta, corre el término desde el dia en que el pariente tiene noticia, y no antes.

19 En la segunda qüestion parece que ambas opiniones son igualmente probables, por poderse considerar de igual peso las razones en que se fundan las dos. Las de los que afirman deberse contar los nueve dias de momento son: I. Que los términos legales, qual es este, se cuentan regularmente de momento á momento, lo que tambien se acomoda mejor á que deben estrecharse en nuestro asunto, por lo que diximos, Gom. en *d. l.* 70. *n* 25. Azeved. en *d. l.* 1. *n.* 62. II. Que hablando del término *d. l.* 7. no hace mencion del dia en que debe empezar sino del tiempo, segun sus palabras que hemos notado al *n.* 17. La otra opinion tiene á su favor las *citadas leyes* 9. *y* 15. que dicen deberse contar desde el dia. En nuestro *Appendice de retractibus*, inclinamos un poco mas á la primera; pero variamos ahora, por considerar muy embarazoso su uso, á causa de haberse de retener en la memoria, ó notar por escrito la justificacion de la hora del otorgamiento de la convencion, lo que no es regular hacerse, ni debe creerse lo quiso la ley. Queremos advertir á lo último, que los dias de este término deben contarse incluyendo al primero y al

(1) *L.* 15. *de div. reg. jur.*

postrero, como se puede ver en Gomez y Azeved. en los *lugares citados.*

20 Ademas de lo referido hasta aquí, han de concurrir algunas circunstancias ó solemnidades, para que tenga lugar el retracto: I. Que el retraente ha de pagar al comprador todo el precio por que este compró la cosa, con las expensas que haya hecho, y los tributos y gabelas que haya satisfecho. II. Que jure que quiere para sí la cosa. III. Que jure no haber en ello fraude ni dolo alguno, *dd. ll.* 1. 2. *y* 4. *tit.* 13. Cuyas solemnidades, siendo de forma, como suele decirse, son tan necesarias, que faltando qualquiera de ellas no hay retracto. Debe pues el pariente que lo intenta buscar ante todo al comprador, y pagarle lo que hubiere gastado; y si este rehusare recibirlo, consignar ó depositar el precio delante de testigos, y si hay lugar á presencia y con órden del Juez, como lo prueba Azeved. en *d. l.* 2. *n.* 3. *y siguientes*; y hecho esto tiene derecho á que se le entregue la cosa como si hubiese pagado el precio; porque este depósito se reputa paga, segun la *ley* 8. *tit.* 14. *P.* 5. allí: *E dende en adelante es quito del debdo, e non ha el otro demanda ninguna.* La paga ó depósito del precio debe hacerla el pariente con tanto rigor y formalidad, que debe constar su real y verdadera enumeracion, sin que baste que el depositario confiese haberle recibido. Y tan por entero, que el faltar un dinero lo viciaria, sino es que fuere por ignorancia ó error en el cálculo ó cuenta; y entonces habrá lugar al suplemento. Si el pariente no supiere el precio, deberá ofrecer y depositar el que le pareciere serlo, dando fiadores de que pagará el exceso, si le hay, Azeved. en *d. l.* 4. *desde el n.* 14. Matienz. en la *misma glos.* 4. Si la venta fuere al fiado, se admitirá al pariente, dando buenos fiadores ante el Juez dentro de los citados nueve dias, que pagará el mismo precio que el comprador al tiempo en que este estaba obligado, *d. l.* 6. *d. tit.* 13.

21 Lo muy interesante que es por su freqüente uso

el conocimiento de este retracto gentilicio ó de sangre, nos ha hecho extender mas de lo que corresponde á un Institutista. De las demas hablarémos con mas brevedad. El que solemos llamar de los *comuneros*, como le llama la *ley* 9. *de d. tit.* 13. acontece quando siendo muchos dueños de una misma cosa indivisa, ó como acostumbra decirse, *pro indiviso*, uno de ellos vende su parte á otro que no es dueño, en cuyo caso compete este retracto á qualquiera de los que lo son. Si las partes estan divididas, aunque sea muy leve la division, como por exemplo la de un sulco en un campo, ya no tiene lugar, por no haber comunion en la cosa en que se funda. Solo pues lo tendrá quando las partes solamente lo son por el entendimiento, como quando decimos, yo tengo dos partes de aquel campo, tú dos, y Pedro quatro, sin haber señalamiento de ellas, como lo prueba bien Antonio Gomez en la *ley* 70. *y siguientes de Toro n.* 27.

22 Quando la cosa está así indivisa, sus dueños se llaman *comuneros*, y tambien les solemos decir *condueños*. Y qualquiera de ellos, aunque lo fuera de una parte mínima, tiene derecho al retracto, como tambien lo prueba Gomez en *d. lugar*. Si tuviere yo pues la centésima parte de una casa, y el otro condueño vendiese las 99. podria yo retraerlas. Y aun decimos mas, que no tiene prelacion alguna el que tuviere mas partes. Así pues, si en el exemplo referido las 99. partes fueren de dos condueños, y uno de ellos vendiere las suyas, me competiria el retracto prórata; y si yo fuese el comprador, nada me podria quitar el otro condueño, Gregor. Lop. en la *ley* 55. *tit* 5. *P.* 5. *glos.* 5. Hermos. *allí mismo n.* 5. Matienz. en la *ley* 8. *d. tit.* 13. *glos.* 3. *n.* 10. que todos se fundan en una misma razon, á saber, que las leyes que hablan de este retracto, que son la 55. *tit.* 5. *P.* 5. y las 8. *y* 9. *d. tit.* 13. (74. *y* 75. *de Toro*), solo prefieren los dueños á los extraños, nunca un condueño á otro. Véase lo que diximos *arriba n.* 3. Si al re-

tracto concurrieren muchos condueños, cada uno llevará de la cosa vendida su porcion con respecto á la parte que tiene propia, y si uno solo la llevará toda, Matienz. en *d. glos.* 3. *n.* 8. Azeved. en la *ley* 1. *d. tit.* 11. *n.* 54. Gregor. Lop. *en d. l.* 55. *glos.* 8. *al fin.*

23 Aunque el retracto de sangre solo tiene lugar en las cosas inmuebles, segun hemos visto, con todo juzgan comunmente nuestros Intérpretes, que este que compete á los comuneros, y suele llamarse de *comunion*, le tiene tambien en las muebles, Matienz. en *d. l.* 8. *glos.* 3. *n.* 3. Matienz. en *d. l.* 55. *glos.* 4. *n.* 7. Gregor. Lop. en la *misma l.* 55. *glos.* 1. Sus argumentos son: I. Porque *d. l.* 55. que es la maestra ó primer fundamento de este retracto, usó de la palabra *cosa*, que comprehende no menos á las muebles, que á las inmuebles. II. Porque la equidad que introdujo este retracto, prefiriendo el comunero al extraño, igualmente se acomoda á las cosas muebles que á las inmuebles. III. Porque este retracto es favorable, y por ello debe entenderse anchamente, á causa que se dirige á que cese la comunion, que suele producir discordias ó desacuerdos, *l.* 1. *tit.* 15. *P.* 6. (1); y no es fácil pueda cesar de otra manera siendo muchas de las cosas muebles indivisibles.

24 Sin embargo de estos argumentos debemos confesar, que no es despreciable la opinion contraria, por tener á su favor razones de bastante peso, quales son: I. Que la *l.* 9. *d. tit.* 13. usa de la palabra *heredad*, allí: *Si alguno vendiere la parte de alguna heredad*, cuya expresion fué uno de los argumentos, con que hemos probado arriba *n.* 9. que el retracto de sangre solo tiene lugar en las cosas raices. II. Que la misma *l.* 14. quiere se observe lo mismo en este retracto que en el de sangre. A pesar de la fuerza de estas razones, nos parece mejor la primera sentencia, siguiendo á Greg. Lop., que en vista de todo pensó así en *d. glos.* 1. con-

(1) *L.* 77. §. 20. *de legat.* 2.

fesando no ser despreciables los argumentos contrarios. El ser este retracto favorable y de ancha interpretacion nos facilita que digamos, que en él la palabra *heredad*, se pone por exemplo: lo que no puede decirse del de sangre, por ser odioso, y demas que diximos en *d. n.* 9. La comparacion que hace *d. l.* 9. solo debe entenderse en las diligencias y solemnidades.

25 Hay otros dos retractos legales, de que habla *d. l.* 8. (74. *de Toro*), concedido el uno al dueño directo, si se vende la superficie, y el otro al superficiario, si se vende el dominio directo. Y aunque *d. l.* 8., que es la única que hace mencion de estos retractos, nada dice del tiempo en que debe intentarse, convienen los Autores en que ha de ser el mismo de nueve dias, Gom. en *d. l.* 70. *n.* 31. Azev. en *d. l.* 8. *n.* 3. y lo probamos bien en nuestro *Apéndice n.* 30. Y advertimos con el mismo Gom. en *d. n.* 31. Matienzo en *d. l.* 8. *glos.* 1., y Molin. *de just. et jur. disp.* 371. que el retracto concedido en *esta ley* al dueño directo dentro de solos nueve dias, se entiende quando el superficiario no le pagase anua pension; porque si se la paga, tendrá otro por el término de dos meses, respecto que el superficiario que paga pension es semejante al enfiteuta. *En la misma ley* 8. se pone el órden de prelacion que deba guardarse quando concurren muchos que tienen derecho á retraer, estableciéndose que en primer lugar entren el dueño directo ó el superficiario; en segundo lugar el comunero, y últimamente el pariente.

26 En conclusion de este asunto de retractos, vamos á exâminar otro que nos queda, que por venir de la voluntad y convencion de los contrayentes se llama *convencional*. Sucede muchas veces, que no queriendo el vendedor desapropiarse para siempre de la cosa, la vende con el pacto llamado comunmente de *retrovendendo*, esto es, que volviendo él al comprador el precio que este le dió, se le haya de vender ó revender, restituyéndole de este modo su dominio. En este Reyno de

Valencia son freqüentísimas las ventas que se hacen con este pacto, y suelen llamarse *á carta de gracia*, por depender su duracion de la que hace el vendedor en no redimir la cosa que vendió. Oxalá se hicieran con aquella pureza que se hacian quando se observaba la ley de Moyses, que las permitió, segun se lee en el *cap.* 25. *vers.* 23. *del Levítico* allí: *Terra quoque non vendetur in perpetuum: quia mea est, et vos advenæ, et coloni mei estis: unde cuncta regio possessionis vestræ sub redemptionis conditione vendetur.* Pero vemos con dolor, que en el dia hay tantos abusos y perjuicios en ellas, que tal vez convendria que se prohibieran, ó por lo menos tomaran rigurosas providencias para atajarlos. Los pondremos de manifiesto oportunamente quando tratemos de los censos.

27 El cumplimiento de este pacto de parte del vendedor se llama redencion, y del comprador retroventa; y del modo que se ponga se ha de cumplir, aunque expresare, que quando quiera que el vendedor ó sus herederos tornasen el precio al comprador, habia este de volverles la cosa, *l.* 42. *tit.* 5. *P.* 5. que asi lo establece expresamente, y en su virtud competiria siempre el derecho de redimir, sin que le excluyese tiempo alguno, Gom. 2. *var. cap.* 2. *n.* 28. Molin. *de just. et jur. disp.* 374. en donde en comprobacion de ser sólido su modo de pensar, alegan la ley Romana, que así lo estableció (1). Quando se tasa el tiempo de la retroventa, no puede el comprador ser precisado á hacerla pasado el tiempo, si se atiende el tenor de *d. l.* 42; pero sin embargo es práctica de los tribunales concederse el de 20. años, término de las acciones personales, como veremos, sino es que haya interpelacion de parte del comprador, en cuyo caso se observa la coartacion puesta en el pacto, y si el vendedor no escoge el medio de la redencion, queda el comprador con el dominio libre y absoluto de la cosa.

(1) *L. si nolit.* 31. §. 22. *de ædil. edic.*

28 Como la accion para precisar al comprador á la retroventa es meramente personal, por salir de solo el contrato, no puede intentarse contra tercer poseedor, á quien hubiese pasado la cosa vendida. Solo podrá reconvenir al comprador, que es el único á quien tiene obligado por el contrato, á que le satisfaga los perjuicios que se le siguen de que no se le restituya la cosa, como ademas de ser corriente en las obligaciones que nacen de los contratos, lo prueban las palabras de la misma *ley* 42. allí: *El comprador es tenudo de tornar la cosa en todas guisas, si es en su poder: e si en su poder non es, debe pechar al vendedor todos los daños, e los menoscabos que le vinieron, porque non tornó aquella cosa, que asi habia vendida.* Gom. en *d. cap.* 2. *n.* 29. Molin. *d. disp.* 374. en donde responde á los argumentos de Covar. que siente lo contrario *lib.* 3. *var. cap.* 8. *n.* 3. Podrá pues retener la cosa con seguridad el tercer poseedor, sino es que en la primera venta, ademas del pacto de retrovendendo, se hubiere puesto la condicion, de que no pudiese el comprador vender la cosa á otro, pendiente el tiempo de la redencion; porque entonces siendo nula la segunda venta, en cuya virtud la tenia el tercer poseedor, se la podrá quitar el primer comprador, y á este reconvenirle para la retroventa el vendedor. Y si en el pacto se hubiese expresado, que vendiendo el comprador la cosa se considerase no hecha la venta primera, entonces por la segunda reviviria el dominio en el primer vendedor, y la podria pedir como suya por la accion real á qualquiera que la poseyese, Hermos. en *d. l.* 42. *glos.* 7. *nn.* 4. *y* 12. Y en las *glosas* 9. *y* 10. trata latamente de la pertenencia de los frutos, y de las expensas y mejoras.

29 Y dando fin á los retractos, concluimos diciendo, que en todos ellos el que retrae se subroga en lugar del primer comprador, teniendo lugar en él los efectos de la venta primera, y si se hubieren hecho despues otras ventas, quedan desechas y anuladas, como si no se hubie-

sen celebrado, Gom. en *d. l.* 70. *de Toro n.* 35. Mol. *de just. et jur. disp.* 371. Del retracto de los Oficios públicos, véanse las *leyes* 11. *y siguientes tit.* 7. *lib.* 7. *de la Nov. Rec.* y en ellas á Azevedo, y del de la jurisdiccion à Larrea *alegac. fiscal.* 45.

TITULO XII.

QUANDO Y COMO SE PAGA

LA ALCABALA Y EL LUISMO POR RESCINDIRSE Ó DESHACERSE LA VENTA.

Tit 12. lib. 10. de la Nov. Rec.

1. *Si se debe alcabala quando los contrayentes se apartan de la venta que solo estaba perficionada.*
2. *De lo que se debe despues de consumado el contrato.*
3. *De quando se hace la venta con el pacto de la ley comisoria, ó de la adiccion en dia.*
4. *De quando se hace con el pacto de retrovendendo.*
5. *De quando ocurren retractos legítimos.*
6. *De las ventas que se rescinden por culpa de los contrayentes, ó por la menor edad.*
7. *Quando la cosa se vende á censo, solo hay una alcabala que se paga por mitad.*

1 Las muchas dificultades que se ofrecen en el asunto de este título, nos ha inclinado á tratarlas con separacion y alguna extension. Con el deseo de cansar menos, solo haremos mencion de la alcabala; pero por la identidad de razon entiéndase tambien del luismo lo que dixé-

remos, que como veremos al tratar de los censos, se paga de la venta de los bienes enfitéuticos.

2 Es constante sin que nadie lo dude, que los contratos que se constituyen ó perficionan por el nudo consentimiento de los contrayentes, qual hemos visto ser el de compra y venta, se disuelven ó deshacen por el nudo consentimiento contrario de los mismos, quando solo estan perficionados, sin haberse cumplimentado por ninguna de las partes, por aquella famosa regla de que qualquier cosa se disuelve del mismo modo que se constituyó (1). Si sucediese pues asi, y el apartarse los contrayentes mutuamente del contrato, fuese inmediatamente despues de haberle celebrado, antes de haber pasado á otros negocios, no se deberia alcabala; porque en este caso se juzgaria que no llegó á haber venta, sino que las partes en la misma celebracion del contrato mudaron la voluntad. Pero si el apartarse fuese despues de algun intervalo, se deberia; porque el fisco adquirió ya el derecho de exîgirla, que no pueden quitarle los contrayentes, Gutier. *de gabel. ó pract. quæst. lib.* 7. *quæst*. 10. Gomez 2. *var. cap.* 2. *n.* 31. Molin. *de just. et jur. tract.* 2. *disp.* 373.

3 Si los contrayentes, ademas de haber perficionado la venta con su mútuo consentimiento, pasaron adelante, porque hubo entrega del precio ó de la cosa, ó de uno y otro, se han de distinguir dos casos: I. Quando la hubo solamente de parte del uno. II. Quando de parte de los dos. En el primero; si se disuelve el contrato por voluntad de ellos, devolviendo el uno lo que habia recibido al otro que lo acepta, se debe una sola alcabala; porque solo hay una venta con su disolucion, y de la venta se paga la alcabala, *l.* 11. *tit.* 12. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* pero no de la disolucion. En el segundo se deben dos alcabalas, porque hay dos ventas, respecto que el pasage de la restitucion no puede pertenecer ya á la venta primera,

(1) *L.* 35. *de div. reg. jur.*

sí que constituye otra nueva (1), Molina en *d. dip.* 373.

4 Quando la venta se deshace en virtud del pacto de la ley comisoria, que hemos explicado al *n.* 20. *del título* 10. juzga Ant. Gom. en *d. cap.* 2. *n.* 31. que se debe alcabala, fundado en que la venta fue pura, y quedó perficionada, y de consiguiente adquirió derecho el fisco, que las partes no pueden quitarle. Pero es mas probable la contraria opinion; porque produce este pacto la resolucion de la venta, como si no se hubiese hecho; de suerte que el dominio de la cosa vuelve al vendedor sin tradicion alguna. Y el fisco no adquirió derecho á la alcabala irrevocable, sino revocable, pendiente de si la venta se deshacia ó no, Gutier. *d. quæst.* 10. *n.* 10. Mol. *d. tract.* 2. *disp.* 378. *vers. Dubium est.* Matienzo *ley* 1. *tit.* 13. *lib.*10. *de la Nov. Rec. glos.* 3. *n.* 21. con la comun. Cuya doctrina la entienden estos Autores en el caso de haberse puesto el pacto con palabras directas, diciéndose que si sucedia, *no valdria la venta*, ó de otra manera semejante. Y añaden seria lo contrario si fuesen obliquas las palabras, como por exemplo, si dixera, *que se rescinda ó deshaga la venta*, porque entonces, como explica muy bien Molina, no se resuelve la venta, como si no se hubiese hecho, sino para que no tenga mas duracion, y por ello siempre se considera que existió. En las ventas hechas con el pacto de la adiccion en dia, de que hemos hablado al *n.* 20. *del tit.* 10. dirémos deberse una alcabala, que la pagará el segundo comprador, que hizo mejor la condicion del vendedor, si él la hubo, y si no el que la compró con este pacto.

5 Si la venta se hace con el pacto de *retrovendendo*, ó á carta de gracia, y en fuerza del pacto redime el vendedor la cosa vendida, es la comun sentencia que se debe alcabala de la venta primera, y no de la retroventa, que hace el comprador, Gutier. *d. quæst.* 10. *nn.* 12. *y* 13. Mol. *d. tract.* 2. *disp.* 374. Gom. *d. cap.* 2. *n.* 31. La ra-

(1) *L.* 58. *de pact.*

zon de lo primero es; porque siendo pura y perfecta la primera venta, adquiere derecho á la alcabala el fisco, y por la retroventa no puede quitársele. Pues aunque por esta vuelve la cosa al dominio del primer vendedor, no vuelve de manera, que le pertenezcan los frutos percibidos miéntras duró la venta primera; y de consiguiente no es tan fundamental la rescision, que no le quede algun efecto, y quedando, no debe quitarse el del fisco, como raciocina Parlad, *lib.* 1. *rer. quot. cap.* 3. §. 4. *n.* 9. De la retroventa no se debe otra alcabala; porque no tanto se considera nueva venta, como rescision de la primera, y en fuerza del pacto puesto en esta. Pero si el pacto de la retroventa no se puso en la venta primera, sino se añadió despues, se deberia de la retroventa otra alcabala; porque entonces antes de la añadidura del pacto quedó enteramente consumada la venta primera, sin respecto alguno á la retroventa, que por lo mismo ha de reputarse nueva venta, Gutier. y Mol. en los *lugares citados*.

6 Quando sucede el retracto de sangre, el de los comuneros, ó qualquier otro legítimo, se debe una alcabala y no mas. Que se deba una es claro, porque la primera venta como perfecta la produxo. Y no se disuelve por el retracto, porque la cosa no vuelve al vendedor, sino que pasa por disposicion de la ley al retrayente, quedando este subrogado en todos los efectos en lugar del primer comprador, y anuladas las posteriores ventas que se hubiesen hecho; y de ahí es, que no se debe del retracto otra alcabala.

7 Si se rescindiese la venta por beneficio de la ley, volviendo la cosa al vendedor, sin intervenir retracto alguno ni pacto, como sucede en las que se rescinden por engaño en mas de la mitad del precio, ó por la accion redibitoria, quando hubo vicio en la cosa vendida, se debe alcabala, como latamente prueba Gutier. en *d. lib.* 7. *quæst.* 11. con la comun. Y es la razon, porque estas ventas no se resuelven por pacto resolutivo que haya en el contrato, ni por el mismo derecho, sino por senten-

cia del Juez, á la qual dieron motivo injusto los contrayentes. Y seria enormidad, que esta culpa excluyese el derecho que por la venta habia adquirido el fisco. Y á esta misma clase pertenecen las que se rescinden por haberse celebrado con miedo justo, ó por dolo incidente en el contrato, Gutier. *d. lib.* 7. *quæst.* 14. Parlador *d. lib.* 1. *cap.* 3. §. 5., quienes resuelven con razon lo contrario en el caso de que la venta que hizo un menor se rescinde por el remedio de la restitucion *in integrum*; porque ademas de no haber dado motivo á ello culpa alguna, causa la restitucion el efecto de que la cosa vuelve enteramente á su pristino estado, como sino hubiese habido tal venta.

8 De las ventas que se hacen á censo redimible, habia antes qüestion si se debian una ó dos alcabalas, y por quien. Pero ha cesado ya por la *cédula de* 17. *de Junio de* 1793. que es la *ley* 21. *tit.* 12. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* que establece se cause una sola, que han de pagar por mitad los contrayentes; y que de la redencion nada se pague. De las permutas ó trueque se paga alcabala, apreciándose cada una de las cosas que se dan, *l.* 11. *tit.* 12. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* para que pague cada uno por la que da, puesto que la enagena. En las ventas la paga el vendedor á razon de uno por diez, *d. l.*

9 Por la mucha semejanza que tiene con el contrato de venta el del cambio ó permuta, queremos hablar aqui brevemente de él, y de los demas innominados, como se hace en el *libro de Partidas*. Cambio es, dice la *l.* 1. *tit.* 6. *P.* 5. *Dar y otorgar una cosa señalada por otra*, y añade, ser tres sus especies: I. Quando se hace con prometimiento de lo cumplir. II. Con palabras simples, sin que haya promesa, conviniéndose los dos aunque no esten presentes las cosas, y sin entrego de una ni otra parte. III. Quando ademas de la convencion cumpliéron los dos ó uno de ellos tan solamente en entregar la cosa. En los cambios de la primera especie establece la *l* 3. *d tit.* 6. que á ninguno de los dos es permitido arrepentirse contra

la voluntad del otro; y que si alguno no lo quisiere cumplir, debe pechar al otro los daños y menoscabos que le vinieron. Y de los de la especie II. dice lo contrario: bien que Gregor. Lop. en la *glos.* 4. despues de haber hablado mucho, inclina á que ahora no podrá tampoco apartarse el uno sin el consentimiento del otro en los de esta especie, por lo que dispone la *ley* famosísima 1. *tit.* 1. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* De la III. especie dice la misma *l.* 3. *tit.* 6. *P.* 5. que si habiendo cumplido el uno no quisiere cumplir el otro, tendrá aquel la eleccion de recobrar lo que dió, ó pedir los daños y menoscabos, al tenor de lo que jurare con la tasa del Juez. Y lo mismo dispone de los otros tres contratos innominados la *l. últ. d. tit.* 6.

TITULO XIII.

DE LOS LOGUEROS E DE LOS ARRENDAMIENTOS.

Tit. 8. lib. 5. P. 5. (1).

1. *Nombres del contrato y contrayentes, y n.* 4.
2. *Qué sea arrendamiento.*
3. *Quiénes pueden dar ó tomar arrendamientos, y qué cosas pueden arrendarse.*
4. *Explicacion útil de voces.*
5. 6. *De la obligacion del que da en arriendo.*
7. 8. *De la obligacion del arrendatario.*
9. *De la culpa que debe prestarse en este contrato.*
10. 11. *De la baxa ó aumento de la paga por mala ó buena cosecha.*
12. 13. *Quándo puede ser expelido el arrendador.*

(1) *Tit.* 25. *lib.* 3. *Inst.*

14. *Que puede el dueño durante el tiempo del arrendamiento vender la cosa arrendada, y del efecto de esta venta; y el arrendador subarrendar.*
15. *De los arrendamientos que hacen los que administran algun oficio.*
16. *De las pujas en los arrendamientos de derechos Reales, ó de Propios y Arbitrios de los Pueblos, y en las ventas de bienes de obras pias.*

1 El *tit.* 8. *lib.* 5. *P.* 5. lleva la inscripcion que acabamos de poner á este nuestro; y su *ley* 1. dice, que hablando propiamente, loguero se predica de las obras y arrendamiento de las cosas; pero en las *leyes* 2. 3. *y otras* ya se toman promiscuamente estas dos voces como á sinónomas; y en el dia no hacemos uso de la voz *loguero*. Llamamos á este contrato *arriendo* ó *arrendamiento*, y asi lo llamaremos aquí. En quanto á casas, se suele decir tambien *alquiler*, *l.* 5. *d. tit.* 8. cuyo nombre se da tambien algunas veces al arrendamiento de cosas, *l.* 14. *d. tit.* 8. y en las obras *ajuste*, aplicándole este nombre por su naturaleza general.

2 Es el arrendamiento: *Contrato en que se convienen los contrayentes, que por el uso de alguna cosa, ú obras de la persona ó bestia, se dé cierto precio en dineros contados*, *l.* 1. *d. tit.* 8. *P.* 5. y es el segundo de los consensuales. Esta definicion hace ver la mucha semejanza que tiene este contrato con el de compra y venta, perficionándose por el solo consentimiento de las partes, y debiendo ser el precio cierto consistente en dinero efectivo. Y tambien manifiesta, que por el arrendamiento solo pasa al arrendatario el uso de la cosa, y no el dominio, ni la verdadera posesion que queda en el que le concedió, *l.* 5. *tit.* 30. *P.* 3. en lo que, y en ser temporal se diferencia del de compra y venta.

3 Pueden arrendar, tanto activa como pasivamente, esto es, dar ó recibir en arrendamiento; porque de am-

bas maneras puede tomarse esta voz, las mismas personas que pueden comprar y vender, á excepcion de los caballeros, esto es, los soldados y oficiales de la Corte del Rey, que no pueden ser arrendadores de campos agenos, porque no se embaracen de hacer el servicio del Rey, *d. l.* 2. *tit.* 8. *P.* 5. (1). Por la definicion hemos visto que no solo pueden ser arrendadas las cosas, sino tambien las obras de alguna persona ó bestia, como sucede en los jornales, en los que el jornalero presta sus obras en servicio mio por cierto precio que le doy. Y en quanto á cosas pueden tambien arrendarse aquellas incorporales ó derechos, cuyo uso puede transferirse á otro por utilidad suya, como el usufructo en los términos que hemos explicado en el *tit.* 3. *n.* 12.

4 No dexa de embarazar la explicacion de *este título*, el que segun hemos insinuado *arriba*, la palabra *arrendar* se predica tanto del que concede el arrendamiento como del que le recibe: lo que tambien sucede en la voz *arrendador*, pero con menos frecuencia; porque casi siempre se dice del que toma el arrendamiento, como en las *leyes* 21. 24. *y otras de d. tit.* 8. Sin embargo Aso y de Manuel en sus Instituciones, hablando de este contrato, llaman *arrendador* al que concede el arriendo, y al que le toma *arrendatario*. No negamos ser expedito este modo de hablar; pero no nos atrevemos á adoptarle, porque como acabamos de decir, nuestras leyes dicen casi siempre *arrendador* al que recibe el arrendamiento. Lo harémos pues tambien asi llamando á este *arrendador* o *arrendatario*, y al que le concede *dueño ó locador*, castellanizando la voz latina *locator*, y de este modo evitaremos la confusion.

5 Por este contrato está obligado el dueño de la cosa á conceder y facilitar el libre uso de ella al que la recibe en arriendo, para que pueda utilizarse, aprovechándose de sus frutos, y este en recompensa de ello á pagar al due-

(1) *L.* 30. *l.* 31. *C. de locat. conduc.*

ño el precio ó arrendamiento en que se han convenido. Exâminemos pues estas obligaciones. Si al arrendador se le impide el uso de la cosa, por el mismo dueño, ú otro á quien él pueda resistir, tendrá este la obligacion de satisfacerle todos los daños y menoscabos que le vinieren por esta razon; y aun las ganancias que pudiera haber hecho en aquellas cosas que tenia arrendadas, si se las hubieran dexado disfrutar. Y lo mismo sucederá si el dueño, esto es, el que se tituló tal y concedió el arrendamiento, no pudiere superar el impedimento; porque le opone el que tiene derecho para ello, como el verdadero dueño que aparece, ú otro que tenia empeñada la cosa; y el que concedió el arrendamiento lo sabia al tiempo del contrato. Mas si entonces no lo sabia, solo estará obligado á volver el precio ó paga que recibió; y si nada recibió, nada tendrá que pagar. Pero si los arrendadores hubiesen hecho mejoras tales en las cosas arrendadas, que valiesen mas, estarán obligados á pagárselas, á juicio de peritos, aquellos que se apoderasen de ellas. Lo que llevamos dicho en este *num.* se entiende en el caso que los arrendadores tenian buena fe, quando tomaron en arriendo las cosas, creyendo que lo concedia quien tenia derecho de arrendarlas; pues si la tenian mala, sabiendo que eran de otro, no tendrian demanda alguna contra aquellos de quien las tenian, como todo consta en la *ley* 21. *d. tit.* 8. (1). Tambien estará obligado á pagar los daños y menoscabos al arrendador aquel dueño que le alquila toneles ú otros vasos malos ó quebrantados, para meter en ellos vino ó aceyte, que metido alli se pierde ó toma mal sabor, sino es que supiese el arrendador que eran malos, aunque lo ignorase el dueño; porque todo hombre debe saber si es buena ó mala aquella cosa que alquila, esto es, da en arrendamiento, *l.* 14. *d. tit.* 8.

6 Como el que paga el precio ó arrendamiento es el arrendador, y el que le cobra el locador, diremos, que

(1) *L.* 33. *locat. v. cont.*

quando se arriendan las obras, es locador de ellas el jornalero ú oficial que las presta, y el que se aprovecha de ellas el arrendador; y de ahi es, que si los que las prestan fueren culpables en no prestarlas lealmente procurando el provecho del que las paga, tendrian obligacion de pagarle los daños y menoscabos al que las recibe, por dexar de tributarle el uso de ellas que debe, de la misma manera que lo hemos dicho de los arrendamientos de las cosas en el *n. antecedente*, *l.* 15. *d. tit.* 8.

7 El arrendatario por su parte está obligado á cuidar bien de la cosa que se arrienda, como si fuese propia, *l.* 7. *d. tit.* 8. y á pagar al locador el precio en que se han convenido, al tiempo expresado en la convencion, ó segun la costumbre que haya en el Lugar, ó si uno y otro falta, al fin del año, *l.* 4. *d. tit.* 8. Y si no lo pagare al tiempo convenido, ó á mas tardar al fin del año, puede el locador expelerle de la cosa arrendada. Y si fuere casa estan obligadas al pago del alquiler, y de los menoscabos que en ella hubiese ocasionado el arrendador, todas las cosas que se hallaren en la misma casa, las que podrá retener hasta que cobre, formando escrito de ellas ante vecinos; y lo mismo si la cosa arrendada es heredad ó tierra, con sola la diferencia, que las cosas halladas en esta solamente estan obligadas en el caso que se hubieren metido con ciencia del dueño locador, *l.* 5. *d. tit.* 8. Gregor. Lop. en la *glosa* 4. *de esta l.* dice, citando á otros, que esta doctrina solo debe entenderse de las cosas que se llevaron á la casa con la intencion de que hubiesen de quedar alli; pero no en las que estaban interinamente, como las mercaderías de un Comerciante.

8 Si la casa estuviere alquilada hasta cierto tiempo, pagando el arrendador á los plazos convenidos, no se le puede echar de ella, hasta que el tiempo sea cumplido, *l.*6. *d. tit.* 8. sino es que sucedieren algunos casos referidos en la *misma ley*, y son: I. Si el dueño no podia continuar en vivir en la casa de su habitacion, porque se caía, amenazaba ruina, ú otra causa grave, y no tenia otra en que

morar, ó si se casase un hijo suyo, ó se hiciese caballero. II. Si despues de hecho el arrendamiento apareciese en la casa alquilada, necesidad de obrar en ella para que no se cayera. III. Quando el arrendador usase mal de la casa, haciendo en ella algun mal para que se empeorase, ó teniendo malas mugeres, ó malos hombres, de que se siguiese mal á la vecindad (1). IV. Si estando la casa arrendada para quatro ó cinco años, con precio señalado para cada año, pasasen dos años, sin que pagase. En quanto al I. caso advierte Gom. 2. *var. cap.* 3. *n.* 6. que para ser causa de expulsion la necesidad en el dueño de no poder continuar el vivir en la casa de su morada, es menester que esta necesidad suceda despues de hecho el arrendamiento. Y Greg. Lop. en la *glos.* 5. *de d. l.* 6. explicando aquellas palabras de la ley: *Y si los ficiese caballeros*, dice, que tal vez se pusieron, porque segun costumbre antigua de España, los caballeros (soldados) solian habitar separados de los padres, y necesitaban casa; y añade, que por esta razon deberá decirse lo mismo, si el hijo fuese Juez ó Abogado, que hubiese menester casa capaz separada de la de su padre.

9 Como este contrato contiene utilidad de ambos contrayentes, se deberá prestar en él la culpa que llamamos media ó leve, ó negligencia, esto es, deberá poner cada uno de los contrayentes en lo que es de su obligacion aquella diligencia que pone en sus cosas, como consta de *d. l.* 7. que hablando del arrendador de tierras pone varios exemplos, y de la *ley* 14. *d. tit.* 8. que les pone tambien hablando del locador, y les notamos arriba *numer.* 5. Si el locador de obras ofreciese la diligencia, ó las alquilara en cosa que exîge mucho cuidado, deberia prestar tambien la culpa levísima, ó lo que es lo mismo poner quanta diligencia pudiese, *l.* 15. *l.* 8. *d. tit.* 8. que solo exceptua la ocasion, ó como solemos llamar caso fortuito; el qual solo se presta por tres causas: I. Quando por pac-

(1) *L.* 3. *C. de locat. et cond.*

to se obliga á ello alguno de los contrayentes (1). II. Si el arrendador tuviese tardanza en volver la cosa, y despues de ella sucediese el caso (2). III. Si por su culpa acaeciese el caso (3), como lo diximos de todos los contratos en el *tit.* 10. *n.* 38.

10 La equidad que debe observarse en todos los contratos exîge, que el precio que ha de pagar el arrendatario tenga proporcion ó igualdad con el provecho que saca del uso de la cosa que le concede el dueño; y de ahí es, ser aplicable á este contrato, quanto diximos del de compra y venta en el *tit.* 10. *n.* 36. Y ademas debe advertirse en su progreso que el considerable y extraordinario aumento ó diminucion de frutos, puede causar variacion en el precio que ha de pagar el arrendador. Si de alguna heredad arrendada se perdiesen ó destruyesen todos los frutos por algun caso ú ocasion que acaeciese, que no fuese muy acostumbrada, no está tenido el arrendador á dar cosa alguna del precio, pues es justo, que perdiendo él la simiente y gastos del cultivo, pierda el dueño la renta que debia haber, *l.* 22. *d. tit.* 8. (4), la que pone varios exemplos de estas ocasiones. Y Greg. Lop. en su *glos.* 3. interpretando aquellas palabras: *Que no fuese muy acostumbrada*, dice, que si los casos fueren de los acostumbrados ó freqüentes, no tendria lugar la remision de la paga (5): cuya razon puede ser, porque de estos, por su freqüenca, debe creerse que pensaron en ellos los contrayentes, y los despreciaron, baxando en su razon el precio. Pero si no se perdiesen todos los frutos, y el arrendador cogiere alguna parte de ellos, quiere la *misma ley* 22. que tenga la eleccion, ó de dar al dueño todo el arrendamiento, ó lo que sobrare de los frutos despues de sacar para sí las despensas que hizo. Y que si se perdiesen por

(1) *L.* 23. *de div. reg. jur.* (2) *L.* 23. *l.* 82. §. 1. *de verb. obl.* (3) §. 2. *Inst. quib. mod. re contrahit. oblig.* (4) *L.* 15. §. 2. *locat. cond.* (5) *D. l.* 15. §. 2.

culpa del arrendador, esté obligado á pagar todo el precio. Tratan latamente, y tan bien como acostumbran este asunto Molin. *de just. et jur. tract.* 2. *disp.* 495. y el Señor Covar. *practicar. quæst. cap.* 30. el qual en el *vers. Vidi*, dice haber visto muchas veces en la Chancillería de Granada decidirse estas qüestiones, sin atenderse á *d. l.* 22. haciéndose la remision ó baxa del precio, en la tercera ó quarta parte, segun el arbitrio de los Jueces; por quanto no es fácil hacerse constar ni de la cantidad de los frutos, ni de las impensas, por las varias y diferentes deposiciones de los testigos; y que él se habia conformado muchísimas veces con estas sentencias.

11 El derecho que, segun acabamos de decir, tiene el arrendador, de que no puede exîgirsele paga alguna, quando por ocasion de aventura se pierden todos los frutos, no tendrá lugar, si al contraerse el arrendamiento se obligó á pagar el precio en qualquier ocasion que se perdieren, *l.* 23. *d. tit.* 8. que tambien señala otro caso, quando habiéndose hecho el arrendamiento por dos ó mas años, se pierden los frutos en el uno, y en el anterior ó posterior se cogen con tanta abundancia, que bastan para pagar el precio de los dos años, y los gastos que en ellos se hicieron; pues entonces pagará tambien el precio por razon del año malo ó estéril; y aunque el locador le hubiese ya hecho remision del de aquel año, se lo podrá pedir despues sobreviniendo el abundante, *d. l.* 23. y en su *glosa* 5. Gregor. Lop. (1). Si por aventura acaeciese que la heredad arrendada diere tantos frutos en un año, que pueden mas montar del doble de lo que solia rendir un año con otro, deberá el arrendador doblar el arrendamiento; pero no si la tal abundancia provino de la mayor industria ó cultivo del arrendador, ó por mejoras que hubiese hecho,

(1) *L.* 15. §. 4. *locat. cond. que lo explica muy bien, y con mas extension su glosa.*

d. l. 23. que da al fin la razon de la primera parte de ser cosa justa, que el dueño á quien pertenece la pérdida, quando no hay frutos, tenga el beneficio quando los haya abundantes. Jamas he visto en la práctica este caso de pedir el dueño paga doble, sin embargo que siempre he sido muy apasionado á asuntos de agricultura, y cuento ya 70. años cumplidos en el dia 18. de Febrero del presente año 1801. en que escribo esto de mano propia, como todo lo demas restante de esta obra, en la que no he tenido ayudante alguno, ni aun material.

12 Cumplido el tiempo del arrendamiento, debe ser tomada la cosa á su dueño. Y si por ventura fuere rebelde el que fué arrendador, no queriéndola entregar hasta que fuese dada sentencia contra él, debe tornarla despues doblada la paga á su dueño, y satisfacerle ademas los menoscabos, que por su culpa hubiere en aquella cosa, *l.* 18 *d. tit.* 8. Y por lo contrario, si la hubiese mejorado haciendo labores ó cosas de nuevo, de suerte que vale mas en renta que quando la tomó, debe el dueño abonárselas ó pagándolas, ó descontándolas del precio del arrendamiento; sino es que se pactase, que no las podia pedir, *l.* 24. *d. tit.* 8. Tampoco hay práctica de darse la paga doblada por no tornarse ó entregarse la cosa arrendada.

13 El arrendamiento que se acabó por haberse cumplido el tiempo, puede renovarse expresa ó tácitamente. Si la cosa arrendada fuese tierra, se entenderá renovado el arrendamiento por un año, si el arrendador permanece en ella tres dias, debiendo pagar en su razon el arrendador el mismo precio, que en cada uno de los pasados. Pero si fuere casa, solo se entiende la renovacion en los dias que la habitó, *l.* 20. *d. tit.* 8. que da la razon de esta diferencia. Y ahora nuevamente se ha mandado *por carta del Supremo Real Consejo de 26. de Mayo de* 1770. *que es la ley* 3. *tit.* 10. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* que para no entenderse renovado el ar-

rendamiento para el año siguiente, es menester que el dueño avise al arrendador, ó este al dueño al principio del año último, que en el que sigue cesará ya, con el fin de que cada uno de ellos pueda aviarse, sin respecto al arrendamiento, por otra parte.

14 Es permitido al dueño vender la cosa arrendada, ántes de concluirse el tiempo del arriendo, y entonces puede el comprador echar de ella al arrendatario; pero el dueño está obligado á restituir al arrendador tanta parte del precio, quanto tiempo le quedaba á este para aprovecharse de ella, *l.* 19. *d. tit.* 8. y Greg. Lop. en la *glos.* 4. *de la misma ley* funda, que se extiende esta obligacion á pagarle los menoscabos, y Gom. 2. *var. cap.* 2. *n.* 9. Y pone la *propia ley* (1) dos casos en que el arrendador no puede ser echado por el comprador: I. Si hizo pacto con el vendedor de no poderle echar durante el tiempo del arrendamiento. II. Quando este se hubiese hecho para toda la vida del arrendador, ó para siempre. Gom. *cap.* 3. *n.* 9. quiere extender esta doctrina al caso en que el arrendamiento se haya hecho para 10. ó mas años, y lo mismo indica Covar. *lib.* 2. *var. cap.* 15. *n.* 2. pero Greg. Lop. en la *glos.* 7. *de d. l.* 9. inclina á lo contrario. Puede tambien el arrendador dar á otro en arriendo lo que á él se le arrendó, ó como suele decirse subarrendar, como no se le haya prohibido por pacto (2), Gom. 2. *var. cap.* 3. *n.* 11.

15 Por la muerte del locador ó del arrendador no se acaba el arrendamiento: permanecen sus efectos en los herederos del difunto, *l.* 2. *d. tit.* 8. (3). Esto debe entenderse quando el locador dió en arriendo cosa que pertenecia á su patrimonio. Pero en quanto á arrendamientos concedidos por el que está en algun oficio, dignidad ó administracion, ha de distinguirse en la ma-

(1) *L.* 25. §. 1. *locat. cond.* (2) *L.* 6. *C. de locat. et cond.*
(3) *L.* 10. *eod.*

nera que se sigue: Si los frutos ó rentas de la cosa arrendada pertenecen á alguna Iglesia, Ciudad ó algun otro, como sucede en la mayor parte de los arrendamientos que otorgan los Prelados de la Iglesia, los que tienen alguna Prebenda, los Regidores, los tutores, ó curadores, dura el arrendamiento aunque muera el que lo concedió, sin que puedan apartarse ni los sucesores en la administracion, ni el arrendador hasta que se concluya el tiempo establecido. Y es la razon: porque este arrendamiento fué hecho en nombre administratorio, y los de esta clase nunca flaquean por la muerte de la persona, y el oficio nunca muere. Pero si los frutos estan destinados, y sirven para el uso y sustento del locador, se acabará con su muerte; porque lo hizo, y se entiende hecho á nombre propio, y como que regia el oficio, cuya representacion cesa con su muerte, sin que pueda él extenderla á su sucesor, *l.* 9. *tit.* 17. *P.* 1. De este modo fenecen los arrendamientos que hacen los Curas de sus primicias, y los poseedores de bienes mayorazgados ó fideicomisados de los que pertenecen al mayorazgo ó fideicomiso, Gom. 2. *var. cap.* 3. *n.* 8. Covar. 2. *var. cap.* 15. *desde el n.* 5. Molin. *de just. et jur. tract.* 2. *disp.* 492. y el otro Molin. *de primog. Hispan. lib.* 1. *cap.* 21.

16 Avertimos últimamente en conclusion de *este título*: Que en los arrendamientos de rentas Reales hay lugar á la puja despues de haberse rematado, si alguno quisiere aumentar el precio, de modo que llegase á diezmo entero, esto es, la décima parte del precio en que estaba hecho el remate, ó á lo menos á la mitad del diezmo que llama *media puja* entera: cuyo aumento ó puja ha de dividirse en quatro partes iguales, siendo las tres para el Real patrimonio, y la otra para aquel á cuyo favor se habia rematado, y es excluido por la puja, *ll.* 2. *y* 3. *tit.* 13. *lib.* 9. *de la Recop.* Despues del segundo ó postrimero remate, no puede ya admitirse puja, si no es que fuere de voluntad de las partes, ó tan grande que montare la quarta parte de la renta, *l.* 5.

d. tit. 13. y esta es la que suele llamarse *quarta puja.* El modo de gobernarse este asunto está esparcido en las leyes del mismo *tit.* 13. Y todas las circunstancias prevenidas para estas pujas, estan mandadas observar en los arrendamientos de los bienes pertenecientes á los Pueblos (*Propios y Arbitrios*) por *decreto del Supremo Real Consejo del año* 1771. *que es la ley* 16. *tit.* 16. *lib.* 7. *de la Nov. Rec.* Esta quarta puja tiene tambien lugar en las ventas ó enagenaciones de los bienes raices de los Hospitales, y otras obras pias, segun el cap. 13. *de la instruccion de* 22. *de Febrero de* 1799. mandada observar en dichas ventas.

TITULO XIV.

DE LOS CENSOS.

Tit. 15. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.*

1. *Razon del método.*
2. *Qué sea censo, sus especies, y la definicion del enfitéutico.*
3. *Derechos que produce la enfiteusis á favor del dueño directo.*
4. *Derechos del enfiteuta.*
5. 6. 7. *Particularidades que se observan en el Reyno de Valencia.*
8. 9. *Qué sea censo reservativo, y lo gravoso que es en muchos Pueblos del Reyno de Valencia.*
10. 11. *Diferencia entre el censo reservativo y enfitéutico: y cómo se ha de decidir si hay duda de si es uno ú otro.*
12. *Modos de constituirse el censo reservativo, y qué se ha de resolver quando se duda si es tal ó consignativo.*

13. 14. *Modos de constituirse el censo consignativo, y se explica su definicion.*
15. *Varias divisiones de este censo.*
16. *Se explica el vitalicio.*
17. *Que no hay censo personal.*
18. *De los juros, y qué son propiamente censos.*
19. 20. 21. 22. 23. *Tres cosas son necesarias para la constitucion del censo, precio, pension, y cosa en que se funda; y se explica lo perteneciente al precio.*
24. *De la pension.*
25. 26. 27. 28. 29. 30. *Se trata latamente de la cosa censida; y si es ó no hipoteca.*
31. 32. 33 *Si pereciendo en parte la cosa, de suerte que la parte que restare produzca frutos bastantes para la paga de la pension, perece tambien en parte el censo.*
34. *Que las cosas en que se constituye deben ser fructíferas é inmuebles.*
35. 36. 37. 38. *De los pactos que se suelen poner en los censos.*
39. *hasta el* 48. *Se trata latamente de los modos de extinguirse los censos.*
48. *Del debitorio, y que hablando con rigor no es censo.*
49. *Que en quanto á la intencion de los acreedores, tanto los debitorios como las cartas de gracia son censos.*
50. 51. *Del oficio de hipotecas, y razon de haberse introducido.*
52. *Qué debe hacerse quando se vende una cosa censida, ú obligada como libre.*

1 Aunque los censos pueden constituirse en testamento sin que proceda contrato alguno, con todo por ser lo regular que sucede casi siempre, de que se constituyan por contrato que tiene mucha semejanza con los de compra y venta y de arrendamiento, *l.* 3. *tit.* 14. *P.* 1. *l.* 28. *tit.* 8. *P.* 5. y no pocas veces es formalmente venta, nos

ha parecido ser este lugar él mas oportuno para tratar de ellos.

2 A las veces se toma la palabra *censo* por lo mismo que tributo. Así se toma en el *cap.* 22. *vers.* 17. *del Evangelio de San Mateo*: allí: *¿Licet censum dare Cæsari an non?* y en la *ley* 8. *tit.* 22. *P.* 1. allí: *Censo ó tributo.* Pero esta significacion no es propia de nuestro lugar, en el que entendemos por censo: *Un derecho que tenemos de exîgir de otro, á quien hemos concedido algo, cierto rédito ó pension.* Tres son sus especies, enfitéutico, reservativo y consignativo. A los tres somos muy desafectos, por considerarlos muy perjudiciales al estado, como lo prueba Vizcaino en su tratado: *Sobre los estragos que causan los censos*; y con especialidad á los enfitéuticos, aunque tenemos algunos á nuestro favor, heredados de nuestros antepasados. Censo enfitéutico es: *Derecho que tenemos de exîgir de otro cierto cánon ó pension anua perpetuamente, en razon de haberle transferido para siempre el dominio útil de alguna cosa raiz, reservándonos el directo, con la condicion de no poder quitarle la cosa á él, ni á sus herederos miéntras pagaren la pension.* Esta definicion va formada segun el modo ordinario de constituirse este censo, y no con escrupulosidad lógica, como lo diximos de la de los mayorazgos en el *tit.* 7. *n.* 1. *de este lib.* 2. Porque tambien puede constituirse para sola la vida de aquel que recibe el dominio útil, ó por largo tiempo de 10. ó mas años, *d. l.* 3. *tit.* 14. *P.* 1. *d. l.* 28. *tit.* 8. *P.* 5. y en su *glos.* 4. Greg. Lop. Mol. *tract.* 2. *de just. et jur. disp.* 445. en donde advierte, que si en la concesion del enfiteusis, (así se suele llamar con un solo nombre este censo, que tambien se aplica al contrato en que se constituye), no se expresa tiempo, se entiende ser perpetua, por ser esta su naturaleza ordinaria. Y no puede constituirse sino por escrito, porque de otra manera no valdria, *dd. ll.* 3. y 28.

3 Los efectos que produce este censo á favor del que le concede, son: I. Que se queda con el dominio directo

de la cosa censida. II. Que adquiere derecho de exîgir del enfiteuta las pensiones, de modo que si este dexa de pagárselas por tres años, ó por dos si es á Iglesia, cae en comiso la cosa, y la puede tomar el señor directo (1) sin mandado del Juez: bien que tiene el enfiteuta diez dias para purgar su tardanza ó mora; es decir, que si en dicho término paga sin pleyto, debe el dueño directo recibir la paga, y no tomar la cosa. Pero si en ninguno de estos plazos pagare, no necesita dicho dueño para tomar la cosa, que por sí ó por otro haya pedido la pension; porque se entiende, que el mismo dia del plazo pide por él, *d. l.* 28. Pero debemos advertir sobre este II. efecto, que Greg. Lop. en la *glos.* 15. de esta ley 28. pone con apoyo de otros Autores quatro limitaciones de su doctrina, á saber, si el enfiteuta resistiere la ocupacion del dueño directo: si este hubiese acudido ya al Juez sin protestar, que le quedará salvo el derecho de expulsion: si el enfiteuta negare que no habia pagado: si dixere, que el tiempo de la paga no habia pasado; porque en todos estos casos se pondria en duda la cosa, y por ello debe acudirse al Juez. Lo cierto es, que el uso no ha recibido esta absoluta potestad del señor directo, y que tal vez turbaria la pública tranquilidad. III. efecto: Quando el enfiteuta quisiere vender la cosa, lo debe hacer saber al dueño directo, y á qué precio; y si este la quiere por el tanto es preferido (2). Y solo quando dice que no la quiere, ó sabedor calla por dos meses, la puede el enfiteuta vender á otro, de quien pueda el señor directo haber el censo tan ligero como del mismo, *l.* 29. *d. tit.* 8. *P.* 5. A este derecho de tanteo que tiene, le solemos llamar de *fadiga.* IV. Quando se vende la cosa, tiene el derecho de laudemio ó luismo, que es la quinquagésima parte del precio por que se vende, ó de la estimacion, si se diere, que debe pagarle el nuevo poseedor al que está obligado á recibir por enfiteuta, *d. l.* 29. (3).

(1) *L.* 3. *C. de jur. emphyt.* (2) *L.* 3. *C. de jur. emphyt.* (3) *D. l.* 3.

4 A favor del enfiteuta produce la enfiteusis los derechos siguientes: I. Adquiere el dominio útil de la cosa enfitéutica: II. En conseqüencia de este dominio la puede vender en los términos referidos; y sin sabiduría ó noticia del dueño directo empeñarla á persona tan ligera para pagar el censo como el mismo enfiteuta, cuya circunstancia debe tambien observar quando la vende; de suerte que si la vende ó empeña á persona mas poderosa, no vale el contrato, y pierde el derecho que tenia en la cosa, *d. l.* 29. Y en su *glosa* 14. dice Gregor. Lop. que en la misma pena de comiso caerá el enfiteuta si vende la cosa, aunque sea á persona igual, si lo hace sin requirir ántes al señor directo: bien que la ley no lo expresa en este caso, *d. l.* 29. III. Puede de la misma manera imponer servidumbre sobre la cosa, y constituirá beneficio de otro el usufructo de de ella, Molin. *de Hispan. primog. lib.* 1. *cap.* 20. *n.* 2. IV. No se le puede quitar la cosa, sino es que cese en pagar la pension por el espacio de dos ó tres años en los términos que hemos explicado. V. Aunque este censo se paga en reconocimiento de la señoría directa, se acaba y liberta enteramente de su paga el enfiteuta, si la cosa padeciese tal quebranto que quedase algo de ella, como fuese ménos de la octava parte, *d. l.* 28.

5 Por quanto este Reyno de Valencia está lleno de señorías directas que le oprimen, y por ello son muy freqüentes las enagenaciones de bienes sujetos á ellas, en las quales se observan y estan en uso varias disposiciones que se apartan del derecho comun de España, y son conformes á sus Fueros que fuéron abolidos en el año 1707. y algunas por haberse introducido por costumbre, nos ha parecido notarlas aquí á beneficio de los que tienen bienes ó negocios en este Reyno, segun se sigue.

6 El luismo es la décima parte del precio de la cosa, *for.* 3. *rubr. de jur. emphyt.* Bas *in theat. jurisp. part.* 1. *cap.* 30. *n.* 138. Nos causa el mayor dolor, que esté en observancia este gravámen tan pesado para los pobres enfiteutas, sin embargo de haberse abolido los Fueros que

lo introduxeron; y mas si se atiende, que el precio de que se saca, lo es tambien de las mejoras que se hayan hecho por los enfiteutas en la cosa censida. Sucede con freqüencia, que un pedazo de tierra, que quando se concedió en enfiteusis, solo valia, por exemplo, diez pesos, á causa de estar inculto, en montaña y entre peñascos, ó era marjal cubierta casi de continuo de agua, vale doscientos ó mas quando se enagena, debido enteramente este aumento á los sudores del enfiteuta y sus hijos, sin la menor influencia ni gasto del dueño directo, que sin embargo se chupa el luismo de estos pobres é inocentes sudores. Y sucede tambien con alguna freqüencia, que estas tierras se venden dos ó mas veces en 15. ó 20. años, con la misma carga de haberse de pagar siempre este derecho. En quanto á casas es todavía mayor la enormidad; pues valiendo á las veces el solar desnudo quando se concede 15. ó 20. pesos, vale dos mil la casa que en él se edifica. En los Lugares de señorio, que son tantos en este Reyno, se padece mucho en este particular, nada beneficioso al Estado. Y por costumbre se ha introducido, que este derecho le pague el vendedor, Bas *d. cap.* 30 *n.* 142.

7 Tambien se ha introducido por costumbre el derecho que llaman *quindenio*, que es el de cobrar el dueño directo cada quince años el luismo, como si entónces se enagenara la cosa. Le pagan los poseedores de cosa enfitéutica, que se suelen decir *manos muertas*, esto es, las Ciudades, Iglesias, Monasterios, Colegios, Hermandades y otros Cuerpos semejantes, Eclesiásticos ó seculares, que siempre permanecen los mismos, aunque se varien las personas que los representan. La causa de esta introduccion es, que el no poder vender libremente sus cosas estos Cuerpos, perjudica al dueño directo en quanto al luismo, al que tuvo consideracion en la concesion de este censo; y para salvarle, se finge que se venden cada quince años, Bas *d. cap.* 30. *desde el n.* 182. Matheu *de regim cap.* 2. §. 5. Y aunque por la misma razon debian pagar este derecho los poseedores de mayorazgos y fideicomisos, no lo

pagan, porque la costumbre que le introduxo en las manos muertas, no admite extension, Bas *d. cap.* 30. *n.* 197. Mateu *d.* §. 5. *n.* 115. Y últimamente el derecho de retraer, ó de fadiga del dueño directo solo dura 30 dias *for.* 28. *de jur. emphyt.*

8 El censo reservativo ó retentivo se constituye: *Quando alguno da á otro alguna cosa raiz transfiriéndole todo el dominio directo y útil, reservándose cierta pension anua en frutos ó en dineros que le ha de pagar el que le recibe.* Toma su nombre de la reservacion de la pension, y es su origen antiquísima; porque ya hizo uso de él Joseph, quando á nombre de Faraon concedió campos á los Egipcios con la obligacion de haber de pagar la quinta parte de sus frutos (1). No se puede negar su justicia; pero sí que podemos llorar, que los señores de Lugares hayan cargado tanto la mano en la tasa de la pension. Son muchos los Pueblos en este Reyno de Valencia, en que se les paga la tercera parte, y que siendo el fruto aceytunas, se han de llevar precisamente las dos partes que quedan al cosechero á molerlas al molino del mismo señor, cuyos arrendadores ponen los operarios á su voluntad; de que se sigue, que moliéndolas mal, y apretando poco la masa, se queda porcion considerable de aceyte en ella; que es para el señor, y la hace remoler solo para sí, haciéndose pagar ademas cantidad no despreciable de aceytunas á título de derecho de piedra. Hemos oido varias veces estos clamores, y que ofreciendo el labrador partir por mitad las aceytunas, para poder llevar su parte adonde les acomode, no quieren admitirlo los arrendadores. Pudieran los señores haber tomado el referido exemplo de Joseph, y aun con alguna baxa, en atencion á que entónces no pagaban (como ni ahora) diezmos los Egipcios, y que tal vez seria aquella quinta parte de frutos todo el tributo que satisfacian á Faraon: lo que no es ni puede ser aquí. Dexo aparte los gravámenes que estos infelices pagan por razon

(1) *Cap.* 47. *del Génesis.*

de sus casas, porque ya seria salir de nuestro asunto.

9 Si sus lamentos llegaran en humildes súplicas á S. M. (Dios le guarde), podria esperarse que lograsen alivio. Así acaba de suceder en el año pasado de 1800. en Sagra y Sanet, Lugares de la Gobernacion de Denia, que entre los dos tienen cien vecinos, y forman una Encomienda de la Religion de Santiago. Oprimidos de los excesivos derechos de señoría que satisfacian, de los quales eran los principales los freqüentes luismos, y la particion de frutos de uno por quatro, que no les permitian poder vivir; acudieron con respetuosa Representacion á la paternal benignidad del Rey, que tuvo la bondad de pasarla al Consejo de Ordenes para que le informase. Y este sapientísimo y prudentísimo Tribunal, á conseqüencia de haber formado Expediente judicial, con sus traslados al Comendador y Fiscal de las Religiones, evacuó su informe, y en seguida se sirvió mandar el Rey, que en lo sucesivo la particion que era de uno por quatro, fuese de uno por seis, cuya beneficencia les produce el alivio de mas de mil pesos anuos, con el que pueden pagar á su tiempo el Real derecho de equivalente, socorrerse en sus necesidades, y cultivar mejor sus campos en beneficio tambien del Estado. Hemos sido largos y exâctos en la relacion de este monumento de Real beneficencia, por el especial afecto que le tenemos, á causa de haber corrido el asunto baxo de nuestra direccion, y haber formado desde esta Ciudad la citada Representacion. Vino el Real Despacho con fecha de 30. de Septiembre del año 1800. y se halla registrado en la Secretaria del Acuerdo de este Reyno.

10 Entre este censo, y el enfitéutico hay algunas diferencias, que refieren Covarrúbias 3. *var. cap.* 7. *n.* 1. Molin. *de just. et jur. tract.* 2. *disp.* 381. desde el *vers. Differt* y otros, quales son: I. Que por el reservativo se trasfiere tanto el dominio útil, como el directo, y por el enfitéutico solo el útil, quedando el directo en el concedente, que por ello se llama dueño ó señor directo. Avendaño en su *tratado de censibus cap.* 13 *n.* 3. dice ser esta la lla-

ve de esta materia para conocer la naturaleza de ambos censos, que todos reconocen por tal. Y de ella viene lo que suele decirse, que pagamos la pension del censo reservativo de cosa nuestra; y la enfitéutica de cosa agena, por pertenecer su dominio al que concedió la enfiteusis. II. Que el enfiteuta no puede vender la cosa sin hacerlo saber al dueño directo; y si de otro modo lo hace, cae la cosa en comiso á favor de dicho dueño. Y ademas quando la vende, pertenece á este el luismo y la fadiga, segun diximos arriba *n.* 3. todo lo qual no tiene lugar en el censo reservativo, Molina *d. disp.* 381. *vers. Tertio*, y comunmente los demas que tratan de este asunto.

11 III. Cae tambien en comiso la cosa enfitéutica, si el enfiteuta dexa de pagar la pension por dos ó tres años en los términos que hemos explicado en *d. n.* 3. (1): lo que no sucede en el censo reservativo, aunque por mil años no se pague, Covar. *d. n.* 1. con la comun, de modo que es esto fuera de toda duda, con tal que no se haya pactado lo contrario; porque si en su constitucion se pone pacto ó condicion, que no pagando el censuario la pension, caiga su comiso la cosa, debe observarse, *l.* 1. *tit.* 15. *lib.* 10. *de la Nov. Recop.* (68. *de Toro*) que debe entenderse de este censo reservativo, como la entendió Molina en *d. disp.* 381. *vers. Dubium*, y prueba latamente Avend. en *d. su tratado cap.* 90. *n.* 4. Cuya inteligencia está recibida en la práctica de los tribunales, como lo confiesan aun aquellos Doctores que juzgan convenir las palabras de la ley al censo consignativo, como son entre otros Covar. en *d. n.* 1. y latísimamente Gutier. *de juram. confirm. part.* 1. *cap.* 31. *n* 10. y *pract. quæst. lib.* 2. *quæst.* 68. en donde dice, que la pena de comiso en el censo consignativo es injusta é iniqua, y que por ello ni está en uso, ni debe estarlo. Del mismo sentir es Avend. tratando latamente este asunto en. *d. cap.* 90. *n.* 2. La razon de admitirse este pacto en el censo reservativo, la

(1) §. 3. *Inst. de locat. et cond.*

traen Molina y demas Autores en los lugares citados, de que concediéndose en este censo el dominio directo y útil de la cosa, puede justamente el concedente no quererle conceder sino bajo dicho pacto, como en el enfitéutico lo quiere hacer y hace el dueño directo, respecto del dominio útil. Y si llegare á dudarse si un censo es enfitéutico ó reservativo, deberá decidirse por las diligencias de un buen exámen de las circunstancias, atendiendo mas á la naturaleza y substancia del contrato, que á las palabras que confunden freqüentemente los Escribanos por su impericia, como avisan Avendañ. en el *cap.* 13. *n.* 6. Covar. y otros. Y si de las circunstancias no pudiere sacarse, antes se considerará reservativo que enfitéutico, Covarrúb. 3. *var. cap.* 7. Molin. *d. tract.* 2. *disp.* 383. *vers. Contrarius*, porque grava menos al que le debe.

12 Se puede constituir este censo por convencion, como es lo regular, ó por testamento, como si el testador legase á alguno cosa fructífera, con la reserva de haber de pagar cierta porcion de sus frutos á sus herederos, Avend. *de trat. cap.* 3. Y las mas veces se establece en la propia escritura, que se concede en enfiteusis un campo, imponiéndole al mismo tiempo la carga de particion de frutos á razon de uno por cada quatro, cinco ó seis. Y puede ser perpetuo, durante la vida del censuario, ó absolutamente redimible. Y si se dudare en este particular de la voluntad del concedente, antes se debe considerar perpetuo, que redimible, por ser esta su naturaleza ordinaria, como advierten Feliciano *de censib. tom.* 2. *lib.* 1. *cap.* 10. *n.* 8. *vers. Denique*, y Molina *d. tract.* 2. *disp.* 382. *vers. Secundus.* Y tambien, porque reservándose el dueño la pension, retiene el derecho de percibirla, el qual como subrogado en lugar del dominio, es perpetuo como lo era el dominio; por cuya razon y otras, son de este mismo parecer Avend. *de tract. cap.* 14. y Covar. *d. lib.* 3. *var. cap.* 10. *n.* 5. en donde tambien afirma, que en caso de duda, mas se debe considerar el censo reservativo, que consignativo, poniendo algunas excepciones por conjetu-

ras que deberá exâminar el Juez. Pero Vela *disert.* 33. *n.* 70. defiende, que habiendo duda, primero ha de considerarse consignativo, que reservativo, y antes redimible, que irredimible; fundado en que el consignativo redimible es el mas freqüente y ligero para el deudor: lo que no nos parece mal por ser siempre mas favorables las partes del reo, que las del actor (1).

13 Falta explicar el censo que se llama consignativo, porque se consigna ó impone sobre bienes del que lo debe, quedando este con el dominio directo y útil de dichos bienes, y alguna vez sobre su misma persona: lo que si puede ó no hacerse disputan fuertemente los Autores, y nosotros lo exâminamos mas abaxo. Serémos mas largos en la explicacion de este censo, por las muchas circunstancias que envuelve, y varias ocurrencias que suelen acontecer, y deben exâminarse. Lo regular es constituirse por cierto precio, que consiste en dinero efectivo, y entonces su constitucion es verdadera venta. Pero puede constituirse por otros títulos, como permuta, donacion, compensacion de tributos, obsequios ú obras, ó por última voluntad, y segun el título toma su naturaleza. Nosotros hablarémos del constituido por contrato de venta, como á mas freqüente, y porque con su explicacion se entenderá con facilidad, lo que deba decirse de los constituidos por otros títulos.

14 Con este respecto definimos al censo consignativo, que aprueban nuestras leyes, y varias constituciones Pontificias como luego verémos, diciendo ser: *Compra por la qual dando alguno cierto precio en dinero efectivo sobre bienes raices de otro, merca el derecho de cobrar cierta pension anua del dueño de dichos bienes que lo queda, como lo era antes.* Decimos *dando algun cierto precio*, porque el censo no se perficiona por sola la convencion como las demas compras, sino que desea numeracion del precio, verdadera ó fingida, como prueba Vela *disert.* 34. *n.* 37.

(1) *L. favorabiliores* 125. *de div. reg.*

En el censo vitalicio exîge la *ley* 6. *tit.* 15. *lib.* 10: *de la Nov. Rec.* que la numeracion ó paga del dinero sea real, y lo nota el mismo Vela *disert.* 36. *desde el n.* 37. Segun la definicion, se compra el derecho de cobrar ó exîgir la pension, y no la pension misma, como prueba Covar. *d. lib.* 3. *cap.* 7. *n.* 2. y Avend. *d. trat. de censib. cap.* 37. *n.* 20. y por eso no puede objetarse que se dan dineros por dineros: aunque algunas veces, hablando impropiamente, se dice comprarse los réditos ó las pensiones.

15 Se divide el censo por razon de la cosa que se paga en pecuniario, cuya pension se ha de pagar en dinero; y en fructuario que se puede pagar en frutos, trigo, vino, aceyte ú otros: pero en nuestra España prohibe la *ley* 3. *d. tit.* 15. expresamente, que se pueda constituir con pension que no sea dinero: de lo qual trataremos luego exprofeso. En razon del tiempo puede constituirse de manera, que la pension se pague por años, cada mes, ó á otros tiempos señalados. Y por razon de la duracion en perpetuo y temporal: cuyas especies se subdividen, á saber, el perpetuo en irredimible, que es absolutamente perpetuo, y en redimible, que se constituye con el pacto de *retrovendendo*, y llamamos *al quitar*: y hablando con propiedad se dice tambien perpetuo, por no acabarse con el tiempo, como prueban Vela *disert.* 33. *n.* 51. y Cencio *de censib. quæst.* 2. bien que en la *ley* 5. *d. tit.* 15. se opone al perpetuo, lo que suelen hacer tambien nuestros Autores.

16 Y el temporal puede constituirse ó para número cierto de años, como 20. 30. ó 40. ó para incierto, mientras viviere el comprador, el vendedor ó algun otro, y entonces se llama *vitalicio*: el qual es tan extraordinario y anómalo, que si se le exâmina por las reglas de los demas censos, parece no serlo. Pues por él, enagenando para siempre el precio ó capital, sin esperanza de recobrarle jamas, compramos el derecho de exîgir la pension anua sin respecto á cosa alguna, ni á industria, ni á obras del que la ha de pagar, si solo de la vida de aquel para la qual fue constituido: acabada la qual se acaba él tambien,

y no de otra manera; de suerte que pende de ella en el constituirse y en el conservarse. Todas estas cosas, y el ser menor su precio, ó mayor su pension, que es lo mismo, contribuyen á que sea lícito, por ser incierto el tiempo de la muerte, Salgad. *in labyrint. part.* 1. *cap.* 20. Covarrubias *d. cap.* 7. *n.* 3. Felic. *lib.* 1. *cap.* 7. *n.* 19. Vela *disert.* 35. *n.* 57. y mas latamente en la *disert.* 36. *n.* 42. Estas divisiones tienen todas lugar tambien en el censo reservativo. Molin. en *d. trat. disp.* 383. hasta la 389. exâmina todas las especies del censo consignativo con la solidez y hermosura que acostumbra.

17 El mismo Molina en *d. disp.* 383. añade otra division en real y personal, llamando personal á aquel, que solamente se coloca en la persona con respecto á su industria ú obras, sin que haya cosa alguna obligada. Pero opinando, que no puede haber censo personal, la desechan muchos Autores, á quien citan y siguen Faria ad Covarrúbias 3. *var. cap.* 7. *n.* 27. Vela *disert.* 35. *nn.* 27 102. *y cinco siguientes*, Avend. *de censib. cap.* 58. en donde trata muy latamente esta qüestion, y responde á 16 objeciones de Feliciano, Covar. y otros que son de la opinion contraria. Tambien nos parece mejor la sentencia de los que reprueban la division; y el propio Molina no está lejos de pensar asi, puesto que dice en la *disp.* 387. ser muy dificil de poderse sostener el censo personal. Ni vale decir con los Addentes á la Biblioteca de Ferraris en la voz *Census*, y Martinez en la *Librería de Jueces*, *tomo* 7. *lib.* 5. *tit.* 15. *n.* 220. estar en el dia aprobado el censo personal por la *cédula de* 10. *de Julio de* 1764. *que es la ley* 23. *tit.* 1. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* publicada á representacion de los cinco Gremios mayores de Madrid. Porque en ella solamente se aprueban los contratos, en los quales algunos, principalmente las viudas, y otros destituidos de propia industria, les entregaban dinero para el comercio á razon de tres ó dos y medio por ciento; y estos contratos no constituyen censo, sino una especie de compañía, en cuya virtud se parten de tal modo la ga-

nancia los contrayentes, que contentándose los que pusieron su dinero con una porcion segura, pero muy inferior á la de una ganancia regular, pertenezca la restante á los Gremios. Pero debemos advertir, que esta reprobacion del censo personal se entiende exceptuado el vitalicio, segun diximos en el *n. antecedente.*

18 Asimismo debe advertirse, que tenemos ciertos censos conocidos con el nombre de *Juros*, y consisten en rentas que el Rey concedió á alguno en compensacion ó remuneracion de sus servicios ó méritos, ó por cierto precio sobre salinas ú otros derechos. Cuyas concesiones son otras tantas constituciones de censo consignativo. Y de ahí es, que quanto se ha establecido de los censos tiene lugar en los Juros, *nota* 1. *y* 2. *tit.* 15. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.*, con sola la diferencia, que de su venta no se paga alcabala, como de las de los otros censos, como todo lo prueba Larrea *alegat.* 23. Y aunque quanto llevamos dicho es cierto y bastante claro, con todo, por no haberse expresado los Juros en la *ley* 8. *de d. tit.* 15. que en el año 1705. aumentó el precio, ó disminuyó la pension en los censos consignativos al quitar, como luego veremos, segun lo habian expresado las citadas leyes anteriores que tuvieron el mismo objeto; no se observaba en los Juros la baxa de pension establecida en *d. l.* 8. y fue menester, que en el año 1727. se mandara observar tambien en ellos, por la razon de que eran censos, *ley* 4. *tit.* 14. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* allí: *Y arreglada su constitucion, y la paga á los censos, por serlo.*

19 Tres son las cosas que deben atenderse en este censo consignativo, el precio por que se compra ó constituye, al que solemos llamar *capital*; la pension ó rédito que se paga; y la cosa en que se consigna ó constituye. En el precio estableció el famoso *Motu propio del Papa Pio V. de creand. censib.* publicado en el año 1569. entre otras cosas, que hubiese de consistir en dinero efectivo: por lo qual en los lugares en que está en observancia, no se puede dudar de ello. Pero no estando recibido en nuestra Es-

paña, segun la *ley* 7. *d. tit.* 15. hay lugar á la qüestion de si debe ó no consistir en dinero, la qual tiene por una y otra parte muchos defensores. Avend. en *d. tract. cap.* 37. se esfuerza en probar con muchos argumentos la opinion negativa. Nos parece sin embargo mas fundada la afirmativa, porque cierra la entrada á las fraudes que son freqüentísimas en este contrato; y porque estableciéndolo expresamente asi por la misma razon en el censo vitalicio, la *ley* 6. *d. tit.* 15. nos da motivo para creer, que nuestros Legisladores han tenido la intencion de alejar de todos los censos las fraudes, y que la expresion que de ello hicieron en *d. l.* 6. se extendiese y sirviese para los demas. Y por otra parte, no satisface Avend. debidamente los argumentos que se propone á favor de nuestra opinion. A lo que añadimos el dicho de Feliciano *lib.* 1. *de censib. cap.* 4. *n.* 10. de que cada dia declara el Supremo Real Consejo, que se rescindan (esto es, que son nulos) los censos constituidos por precio que no sea dinero. De esta regla claro es, que deben exceptuarse los Juros, de que acabamos de hablar. Ni en ellos puede haber fraudes. Y advertimos no ser necesario que la tradicion del precio sea real: bastará la fingida. Podrá pues por la ficcion que llaman *brevis manus*, constituirse censo, estableciendo el precio en deuda de dinero cierta y líquida, á cuya paga podia ser estrechado el deudor, como lo prueba bien Avend. en el *cap.* 38. haciendo ver ser esto útil al mismo deudor. En los censos que se constituyen por testamento ó donacion, no interviene tradicion de precio; bien que si se alarga la cuerda, tambien se puede acomodar la fingida: lo cierto es, que se le debe considerar tenerle para los casos de redencion ó enagenacion de la cosa censida.

20 Se requiere tambien en el precio que sea justo, esto es, que su cantidad corresponda á la de la pension, teniendo con ella una justa proporcion. Esta se varía por las circunstancias del lugar y tiempo, como enseñan Covarrúbias 3. *var. cap.* 9. y Avend. *cap.* 32. En España fue tasada en los censos al quitar el año 1563. á razon de 14.

por 1. *l.* 3. *nota* 1. *d. tit.* 15. y despues en el de 1608. á 20. por 1. *l.* 13. *nota* 2. *del mismo tit.* y últimamente en el de 1705. para los Reynos de Castilla y Leon, y en el de 1750. para los de la Corona de Aragon á 33. con un tercio por 1. ó como solemos decir, á 100. por 3. *ll.* 8. *y* 9. *tit.* 15. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* Cuyas tasas deben tambien observarse en los censos mas viejos que *dichas leyes*, como se previene en *ellas*, y en la *nota* 2.ª *tit.* 15. en las quales se impone la pena de perdimiento de oficio á los Escribanos que autoricen escrituras con pension mas alta. En el censo vitalicio fue tambien tasado el precio en el año 1583. *l.* 6. *del mismo tit.* y despues en el de 1608. *l.* 13. *y nota* 2.ª *del mismo.* En la primera tasa á razon de 7. por uno, quando se constituia para la vida de uno solo; y de 8. por 1. en los que habian sido cargados para dos vidas, prohibiéndose, que en lo sucesivo no se pudiesen cargar por mas de una vida. Y la segunda, la tasa que era de 7. se aumentó á 10. y la de 8. á 12. En *dd. leyes* se expresan las tasas de tantos al millar; pero nos ha parecido acomodarnos en la explicacion al modo regular con que hablan las gentes, y sale la misma cuenta.

21 Del precio del censo irredimible no tenemos tasa señalada, y está tambien sujeto á variaciones por la diversidad de tiempo y lugares. Y en atencion á ser mas pesado para el censuario que le debe, que el otro al quitar, por no tener en él la facultad de redimirle, que tiene en este, y se considera parte del precio, como los demas pactos que favorecen al vendedor (1): todos confiesan deber ser mayor su precio, que el de los censos al quitar. Covar. 3. *var. cap.* 10. *n.* 1. dice, que este aumento no se debe hacer temeraria é inconsideradamente, sino por el dictámen de varon bueno, y justo moderador. Y de lo que allí mismo trae, y Molin. *d. tract. de just. et jur. disp.* 385. *vers. Secundum*, parece ser justo, que este precio debe ser mayor en la tercera parte, que el del censo

(1) *L.* 79. *de contr. empt.*

al quitar. Y añade Molin. que no debe reprobarse con facilidad en algun lugar lo que esté recibido por el uso, y del mismo sentir es Covar. 3. *var. cap.* 9. *n.* 5. vers. *Ex quibus*, diciendo, que para la justa estimacion de estos censos, se ha de observar la costumbre de la Provincia, y la comun estimacion de los hombres, que suele definir el justo precio de las cosas (1). En este Reyno de Valencia el precio de estos censos, que llamamos *muertos*, es al doble mayor del que tenian los de al quitar, antes de los años 1705. y 1750. en que se aumentó, esto es, á razon de 100. por 2. y medio, Bas *in theat. Jurisp. cap.* 30. *n.* 52.

22 Nota asimismo muy bien Molin. en el *lugar citado*, que debe ser mucho mayor el precio en el censo enfitéutico, que en los otros; porque ademas de conservar el dominio directo de la cosa el que le concedió, le pertenecen el luismo y demas derechos considerables enfitéuticos. Y no es inútil esta advertencia, porque si bien es verdad, que en la constitucion regular y ordinaria de este censo, quando uno concede una cosa suya en enfiteusis, no se hace mencion de precio, se debe tener consideracion de él, regulando lo que valgan los derechos del señor directo, quando se venda la cosa enfitéutica; porque este valor se baxa del que tiene la cosa, y solamente de lo restante se paga el luismo, Bas *d. cap.* 30. *n.* 141. En este Reyno de Valencia se observa que sea á razon de 100. por dos y medio; de suerte que es el mismo que el del consignativo irredimible ó muerto: al que solemos llamar *doble capital*, y en idioma Valenciano *doble march*, por ser doblado que el de los censos al quitar, antes del último aumento.

23 Y por quanto de los que acabamos de decir aparece claramente, que debe ser al doble mayor que el de los redimibles, y mucho mayor que el de los irredimibles; exigian la justicia y equidad, que aumentando el precio de los redimibles á razon de 100. por 3. se aumentara el del enfitéutico á 200. por 3. Y con efecto

(1) *L. 63. ad Leg. Falc.*

así está regulado, por lo tocante á casas, y areas ó solares de Madrid, en el *auto-acordado del año* 1770. *l.* 12. *tit.* 15. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* en el qual se permite tambien al enfiteuta la facultad de redimir estos censos al referido respecto de 200. por 3. Y por *cédula de* 6. *de Noviembre de* 1799. *que es la ley* 21. *tit.* 15. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* se permite la redencion en Vales de todo censo perpetuo, al quitar, ó enfitéutico, para disminuir su circulacion. Y últimamente en el *n.* 5. *del Reglamento insertado en otra cédula de* 17. *de Abril del corriente año* 1801. *que es la ley* 22. *d. tit.* relativa á la *pragmática sancion* expedida en 30. de Agosto de 1800. para la redencion de Vales Reales, se permite redimir con dichos Vales los cánones enfitéuticos impuestos sobre las casas de las Ciudades del Reyno, pagando un capital doble por el cánon, regulado á razon de 33. y un tercio por millar, esto es, 3. por 100. y por derecho de laudemio la cantidad que á un 3. por 100. reditue en 25. años una cincuentena del valor de la casa, rebaxado el importe de las cargas á que esté sujeta. Y en el *n.* 6. se previene, que en los censos al quitar se proceda á la redencion á razon de 3. por 100. y al doble en los perpetuos; y lo mismo respecto de 3. por 100. en qualquiera tributo que no tenga capital señalado. Y en el *n.* 2. se concede tambien que puedan redimir sus cargas al propio respecto de 100. por 3. los poseedores de fincas afectas á carga de aniversario, capellanía, misa, festividad, limosna, dote y qualquiera prestacion anua.

24 En quanto á la pension ó rédito del censo al quitar estableció la *ley* 3. *d. tit.* 15. en el año 1534. que se hubiese de pagar en dinero efectivo. Y porque en Galicia y otras Provincias referidas en la *ley* 5. *del mismo tit.* que es del año 1573. se constituian en fraude de *d. l.* 3. muchos censos, baxo el nombre de perpetuos é irredimibles, con la expresion de pagar el rédito en trigo, vino, aceyte, ú otros frutos, se mandó en la *misma ley* 5. que todos estos censos que se hubieren fundado y

fundaren desde dicho año 1534. se consideren redimibles, y en todo se juzgue de ellos por las leyes que hablan de los redimibles; y de consiguiente estan sujetos á la decision de *d. l.* 3. Y aunque ella solo habla de los censos al quitar, nos parece muy bien la opinion de Azevedo en su comentario, de que debe extenderse su doctrina á los irredimibles; porque los perjuicios y fraudes que intenta evitar, son mas graves en estos. *Esta ley*, que tambien reguló los censos mas antiguos que ella, no se puede negar, que es muy útil á la República. Pero sin embargo la *ley* 9. *d. tit.* 15. publicada en el año 1750. de la que hemos hablado al *n.* 20. permitió la costumbre de pagar las pensiones en frutos, alli: *Que en donde estuviere recibida la costumbre de poder ajustar el rédito en granos, se regule la paga de estos por reduccion de la Real pragmática* (entiende la ley antecedente *penult. del mismo tit.* que reduxo la pension del 5. al 3. por 100.) *sin exceso alguno.* La qual indulgencia ha dexado lugar á la qüestion, de si la reduccion establecida en *dd. ll. pen. y ult.* se ha de hacer con respecto á la cantidad de frutos, de modo que pague 3. medidas el que ántes pagaba 5. ó se ha de atender tambien al precio, que ha tenido mucho aumento en los años posteriores. Cuya decision pende en el Supremo Real Consejo, á instancia de las Iglesias de *Benasal*, *Adzaneta*, y otros Pueblos del territorio de *Morella* en este Reyno de Valencia. Y posteriormente habiendo acudido al Supremo Consejo de Castilla Melchor Bellés, del Lugar de Culla, y otros del mismo, y algunos circunvecinos, deudores de censos de dicho territorio, pidiendo la regulacion de pensiones, remitió aquel Supremo Tribunal la pretension á la Audiencia de este Reyno, para que arreglase las pagas de pensiones al 3. por 100. la qual, seguida causa entre los interesados, declaró por sentencia de revista en 7. de Julio de 1794. por la Escribania de Cámara de Don Antonio Aparisi: Que el pago debia hacerse á razon de 3. por 100. en dinero, ó

trigo segun el valor y precio que tuviese este en cada un año, en los respective Pueblos de los deudores. En la sentencia de vista se dixo deber atenderse en esto el dia 15. de Agosto, y así se observa.

25 Explicado lo perteneciente al precio y á la pension, pasamos á exâminar las dificultades que ocurren acerca de la cosa en que está consignado el censo, que son harto considerables. Feliciano *de censib. tom.* 2. *lib.* 1. *cap.* 1. *num.* 5. Covar. 3. *var. cap.* 7. *desde el n.* 5. con otros muchos que refiere Avend. *cap.* 23. *n.* 9. juzgan, que la cosa censida tiene la calidad de hipoteca; y añade el mismo Covar. que esta hipoteca no sigue en todo las reglas de las demas hipotecas; porque en primer lugar el comprador del censo puede reconvenir al pago de las pensiones al que compró la cosa censida, saltando al que la enagenó despues de haber consignado en ella el censo. Y por otra parte, si el censo hubiere sido colocado, por exemplo, en tres campos que perteneciesen á tres diferentes poseedores, no pueden ser reconvenidos los tres por el todo, sino cada uno por su parte: las quales dos cosas se observan al contrario en las hipotecas regulares; porque la accion hipotecaria no puede intentarse contra los poseedores, sin hacer antes excusion de los bienes del deudor que contraxo, *l.* 14. *t.* 13. *P.* 5. (1), y no se divide por el número de los poseedores por ser individua. Pero confiesa el mismo Covar. que en esto último está en contrario la práctica, apoyada, al parecer, en que siendo hipotecaria esta accion, debe ser individua, y descuidando de su irregularidad.

26 Pero Molin. en *d. trat. de just. et jur. disp.* 383. Avend. en *d. cap.* 23. *n.* 10. citando á muchos, y latísimamente Vela, *disert.* 34. *y* 35. defienden, que la constitucion de censo se debe considerar á la manera de una servidumbre impuesta sobre la cosa en que está colocado. Cuya sentencia nos parece mas verdadera y justa; y se

(1) *Authen. Hoc si debitor. C. de pignor.*

acomodan á ella los efectos que observamos en la práctica: confesamos sin embargo, que en el uso general de hablar se la llama hipoteca; y no tenemos reparo de conformarnos con él, si se le añade el abjetivo *irregular* ó *anómala*. Los efectos consiguientes de esta opinion son: I. Que aquel que impuso el censo sobre cosa suya, solamente está tenido á la paga de las pensiones en quanto la posee, ó esté obligado á la eviccion; por lo que la accion para exîgir las pensiones, es de aquellas que los Romanos llamaron *in rem scriptæ*, que siempre se dirigen contra el poseedor (1), Vela *disert.* 14. *nn.* 38. *y* 56. y en la *disert.* 34. *n.* 54. Y de ahí viene, que enagenada la cosa, se reconviene al poseedor, que no contraxo con el acreedor, sin que pueda valerse del beneficio del órden ó excusion; pues segun veremos mas abaxo, no hay otro deudor.

27 II. Que el poseedor de la cosa está obligado á pagar no solamente las pensiones del tiempo en que posee, sino tambien las anteriores que se deban. No hemos hallado ley alguna nuestra que lo diga, pero lo dixeron las Romanas de los vectigales ó tributos reales, con la buena razon que se acomoda á los censos, de ser los predios, y no las personas los obligados (2); añadiendo que si el comprador de la cosa ignoraba deberse pensiones atrasadas, puede recobrarlas del vendedor. Molin. explicando latamente este asunto en *d. trat.* 2. *de just. et jur. disput.* 534. *vers. ult.* dice, que las pensiones anteriores á la enagenacion de la cosa, se pueden exîgir indiferentemente, ó del actual poseedor, que como tal las debe, como hemos visto, ó del anterior, que aun las debe por razon del tiempo pasado, en que como poseedor que entonces era, percibiendo sus frutos, las adeudó; y que si las pagó el último tiene recurso para recobrar del primero las correspondientes á los años en que poseyó: lo que nos parece quadrar muy bien á la equidad y naturaleza del censo.

28 III. Que pereciendo la cosa censida, perece tam-

(1) *L. 9. §. fin. quod. met. cau.* (2) *L. 7. de publican. et vectigal.*

bien el censo, á la manera que pereciendo el predio sirviente, perece la servidumbre, como latamente lo prueban Avend. en el *cap.* 60. y Leotar. *de usur. quæst.* 57. en donde tambien trata quando vuelve á nacer. Este efecto es muy conforme á la naturaleza del censo, si se exâmina atentamente; porque como dice sútil y sólidamente Molin. en *d. tract. disp.* 385. *vers. Contrarium*, el censo no es otra cosa que venta pro indiviso de parte del derecho en la cosa que está consignado; y pereciendo la cosa no puede dexar de perecer el derecho que habia en ella. Fuera de esto, como considera muy bien Vela en *la disert.* 35. *desde el n.* 21. seria casi ninguno el peligro del comprador del censo, si pereciendo la cosa sobre la qual y sus réditos compró el derecho de exîgir la pension, estuviese todavia el vendedor obligado á pagarla: lo qual á mas de ser contra las reglas del contrato de compra y venta, seria iniquidad; porque le es bastante al pobre vendedor del censo, el sentir la pérdida en haber perecido la cosa, sin quedar obligado á la paga de pensiones; pues de otra suerte sentiria por un mismo respecto dos gravámenes, y contra el humano axîoma se añadiria afliccion al afligido. Y tambien, porque si el comprador del censo no sintiera el peligro de perecer la cosa, poco ó nada distaria del que dió mutuo con usuras, que tiene segura en todo evento la cantidad que dió. Por cuyas solidísimas razones movidos Vela en la *disert.* 33. *n.* 51. y Cencio *de censib. quæst.* 54. creyeron ser cosa iniqua é ilícita, que el censo se constituyera generalmente sobre todos los bienes del vendedor; porque rarísimamente podria suceder, que alcanzare al comprador el peligro de la extincion de su derecho, llorándolo siempre amargamente el pobre vendedor. Todavía avanzamos mas hasta decir, que si la cosa ó cosas en que se impone el censo fuese tan pingüe que produxera frutos muy excesivos para pagar la pension, se debia corregir el exceso por el arbitrio del Juez, para no caer en el mismo absurdo, y que se guarde la igualdad que corresponde entre los contrayentes.

29 En conseqüencia de lo que acabamos de decir, nos parece verdadera la opinion de Avend. en el *cap.* 59. Sarmiento *lib.* 7. *selec. cap.* 1. *n.* 28. y otros que juzgan, que en la constitucion del censo no se contrae obligacion alguna personal, por la qual el vendedor ó sus herederos que no poseen la cosa censida, ó la quieren dexar, puedan ser compelidos á pagar las pensiones, aunque se hubiese pactado así; pues todavia deberia considerarse inútil, y por no puesta la obligacion personal, sino es que dixera respecto al caso en que tuviese lugar la eviccion, para el qual, y no para otro podria sostenerse. Y en verdad recomiendan á esta opinion la equidad é igualdad que debe guardarse en todos los contratos; y es muy conforme á ella la naturaleza del contrato de compra y venta, á la que se refiere la constitucion del censo; porque el que compra alguna cosa solamente adquiere derecho en ella, sin tener regreso contra la persona, sino en el caso de eviccion. ¿Por qué pues ha de concederse mas favor é indulgencia á los compradores de censos? ¿Por qué á la compra del censo odiosa, y no muy distante de las usuras, se le ha de dar un fruto mas pingüe, que á las compras de las demas cosas tan útiles y aun necesarias á los hombres?

30 Turba sin embargo algo esta doctrina la *ley* 9. *tit.* 15. *lib.* 10 *de la Nov. Rec. del año* 1750. de la que hemos hecho mencion en el *n.* 20. contando tres especies de censos consignativos al quitar: allí: *Reales, personales ó mixtos*, por cuyas palabras parece aprobar no solo censos en que accede obligacion personal, sino tambien los colocados en la sola persona, significando á aquellos por la palabra *mixtos*, y á estos por la *personales*. Pero no por esto debemos reprobar la sentencia de Avend. que niega estas dos especies en los *nn.* 58. *y* 59. Porque se responde, que el Legislador en *d. l. ult.* solo tuvo la intencion de reducir todos los censos al quitar á la razon de 100. por 3. sin extenderse á otro fin: y que atendiendo únicamente al que tenia, puso aquellas palabras, no

aprobando los censos mixtos y personales, sino para manifestar, que todos los censos al quitar de qualquiera calidad que fueren, debian estar sujetos á la reduccion que hacia, sin que sus dueños pudiesen pretender cosa en contrario, á título de que seria mixto ó personal: cuya pretension podia temerse, por ser muchos los Autores que la admiten. Y aunque la opinion de estos no es tan fundada como la nuestra, el tener tantos defensores ha sido probablemente la causa, que los Escribanos ordenen segun ellas las escrituras de cargamento que autorizan, siguiendo unos á otros como á ovejas: lo que no debe dar cuidado, por lo que diximos en el *n.* 11. O tal vez la ambicion y poder de los compradores ha sido la causa de ponerse estas expresiones mas gravosas á los pobres, que justas; y esto ha dado asa al estilo.

31 Si quando no perece toda la cosa censida, sino solamente una parte suya, perece tambien prorata el censo aun en el caso que la parte que queda, puede dar frutos bastantes para pagar toda la pension, es qüestion harto difícil. Molina *disp.* 391. *cláusula* 8. Vela *disert.* 33. *nn.* 37. *y* 38. Faria *in addit. ad Covar.* 3. *var. cap.* 7. *nn.* 35 *y* 36. citando á otros, defienden la opinion afirmativa, cuyos fundamentos son: I. Porque lo que se dice del todo en quanto al todo, se dice de la parte en quanto á la parte (1). II. Porque el censo está de tal modo extendido en la cosa, que todo está en toda ella, y parte en la parte. III. Porque así está expreso en la *cláusula* 8. *del Motu propio de San Pio V.* cuyas palabras puestas en latin fácil de entender, como allí estan, son: *Postremo census in futurum creandos, re in totum vel pro parte perempta, aut infructuosa in totum, vel pro parte effecta, volumus ad ratam perire.* A cuyo caso, y á otros declaratorios de derecho antiguo, no parece debe extenderse la suplicacion para no admitir este *Motu*, de que habla la *ley* 7. *tit.* 15. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* sino so-

(1) *L. quæ de tota* 76. *de rei vind.*

lamente á aquellos en que fuera del derecho comun establece alguna cosa nueva, como prueba Vela *disert.* 33. desde el *n.* 18. y mas latamente en las *disert.* 35. *y* 36.

32 Pero sin embargo de estos fundamentos, tenemos por mas probable la sentencia contraria defendida por Leotar. *de usur. d. quæst.* 57. Cencio *quæst.* 100. que cita á otros, y á una *decision de la Rota ante el Cardenal Mellini, en* 30. *de Octubre de* 1602. Las razones de esta opinion son las siguientes: I. Por qué el censo está simplemente constituido sobre toda la cosa y sobre cada una de sus partes: II. Por qué quedando el dominio de la cosa censida en el vendedor del censo quando se constituye, sin pasar al del comprador que solo merca el derecho de exigir la pension, parece que la destruccion ha de pertenecer enteramente al vendedor, mientras le queda parte de que pueda sostener la paga de la pension. III. Por qué pudiéndose constituir de nuevo un censo del mismo valor en la parte que quedó salva, seria cosa irregular, que no permaneciese entero el ya constituido, siendo mas fácil la conservacion de una cosa, que su nueva constitucion.

33 IV. Por qué el censo no se considera terminativamente con respecto á la cosa censida, sino á sus frutos, es decir, no tiene por término ó fin la misma cosa sino sus frutos, de donde viene que se extingue aun permaneciendo la cosa, si se hace enteramente infructífera para siempre, como luego verémos: á lo qual es consiguiente, que si la parte que queda produce frutos bastantes para la paga de la pension, de ninguna manera puede decirse extinguida la cosa en quanto al censo, ni aun en quanto á la parte que pereció. Cuyas razones, al paso que afianzan esta opinion, destruyen los dos primeros fundamentos de la contraria. Ni da tampoco pena el tercero sacado de la referida *cláusula* 8. *del Motu de San Pio V.* porque aquellas palabras: *volumus ad ratam perire* (queremos que perezca prorata) se deben entender del caso en que la parte que resta no puede producir los frutos suficientes para el pago de la pension, como las entendió la Rota en la *ci-*

tada decision, que es la primera de las mas antiguas que pone Cencio en su *tratado de censib.* Si el censo no se tomase por el derecho de exîgir las pensiones como le tomamos aqui, sino por lo mismo que tributo como se toma alguna vez, segun diximos en el *n.* 2. sí que deberia disminuirse su pago á proporcion de la parte de la cosa que pereciese (1). Advertimos últimamente en remate de esta qüestion, que si un censo fuere constituido con facultad Real sobre dos mayorazgos, y se le quitára al poseedor el uno, se le deberia baxar á proporcion el pago de la pension por las razones especiales que expresa Salgado in *Labyr. par.* 2. *cap.* 11. *n.* 13.

34 Queda que advertir en quanto á las cosas en que han de consignarse los censos que deben ser fructíferas é inmuebles ó raices. Lo primero se evidencia en que comprándose en la constitucion del censo el derecho de exîgir las pensiones ó réditos, si la cosa no los produxera, seria ridículo y usurario el contrato, Avend. *cap.* 53. Leotard. *quæst.* 56. Y es tambien cierto, que deben ser inmuebles, porque ademas de exîgirlo así las *Extravagantes de Martino V.* y *Calixto III.* que estan en el cuerpo del *derecho canónico* en el *tit. de empt. et. vend.* entre las *extravagantes comunes*, se prueba de lo que diximos, que el censo se considera á manera de servidumbre, la qual nunca se impone sobre cosas muebles, y tiene tracto sucesivo perpetuo, ó á lo menos que se considera de mucha duracion: por cuyas razones y otras lo prueba bien Cencio en la *qüestion* 29. y Avend. en los *capp.* 50. y 57. en donde cita á otros. Y advierten el mismo Cencio en *d. qüest.* 29. y Avend. en el *cap.* 52. que tambien deben entenderse por cosas inmuebles aquellos derechos incorporales, que natural é inseparablemente van adherentes á la tierra, como los de pacer, pescar, decimar ú otros semejantes. Y vemos tambien muchos impuestos sobre derechos que se consideran perpetuos, aunque no digan respecto á tierra, como

(1) *L.* 4. §. 2. *de censib.*

los Propios de los Pueblos, y los derechos comunes de los oficios de los Artesanos.

35 Por quanto en las constituciones de censos se suelen poner algunos pactos de los que puede dudarse si son válidos y deben observarse, nos ha parecido notar los mas freqüentes y considerables. Es el primero, no poderse enagenar la cosa censida, con la pena de que caiga en comiso si se enagena. II. Reservarse el comprador el derecho de tanteo ó prelacion, si la cosa se enagenare. De los dos trata latamente Avend. en los *capp.* 85 *y* 86. Para exâminar bien este asunto, se ha de distinguir entre los censos que no tienen precio establecido por la ley, y los que le tienen, quales son redimibles ó al quitar. En los primeros que solo le tienen natural por la estimacion prudente de los hombres, del qual como es cosa sabida, hay tres géneros, supremo, medio é ínfimo, se sostendrán los pactos si el censo se constituyere al precio supremo ó al medio; porque sin embargo de que son gravosos al vendedor, como luego veremos, no se le hace agravio, si queda el contrato dentro los límites del precio ínfimo, que tambien participa la razon de justo. Pero si fuere constituido al ínfimo, que ya no admite baxa en la esfera de lo justo, deberá decirse lo mismo que vamos á decir de los que lo tienen tasado por la ley.

36 En estos, que segun diximos en el *n.* 20. son los redimibles ó al quitar, y los vitalicios, juzga Avend. *dd. cap.* 85 *y* 86 que tambien son válidos, y deben observarse los expresados dos pactos, y lo mismo defiende del segundo Gutier. *lib.* 2. *pract. quæst.* 167. A nuestro dictámen, la contraria sentencia es la verdadera que sigue Leotard. *de usur. quæst.* 56. *nn.* 32. *y siguientes*, *y quæst.* 65 *n.* 5. y Olano *in concord. antinomiar. jur. litter. A. nn.* 99. 107. 108. La razon de està sentencia es tan clara y sólida, que no tiene resistencia si bien se considera. Consiste en que nuestros Reyes, mirando por los pobres, tasaron tan severamente los precios en las leyes que hemos citado al *n.* 20. que no quisieron que en manera alguna fuesen

menores ó mas gravosos á los vendedores, como claramente lo manifiestan ellas mismas. Y ninguno que exâmine con atencion el asunto, podrá negar que los referidos pactos, y qualesquiera otros que embarazan, de qualquier modo que sea, la libertad de enagenar, gravan á los vendedores del censo, poseedores de la cosa censida, y de consiguiente minoran el precio que recibieron: lo que estrechamente prohiben dichas leyes.

37 Ni satisface la solucion de los Autores de la otra opinion diciendo, que dichos pactos, y con especialidad el segundo del derecho de tanteo ó prelacion, no disminuye el precio por no ser gravoso al vendedor, respecto á que dándole el comprador que usa del tanteo el mismo precio, y con las mismas condiciones que le daba el otro comprador, en nada le perjudica. Porque esta respuesta es capciosa, á causa de que el perjuicio del vendedor tiene mas alta su raiz, á saber, que valiendo dicho pacto, no se encontraria con tanta facilidad quien quisiere comprar la cosa á su justo precio, por el rezelo que acudiria á quitársela el comprador con su derecho de tanteo, como es claro, y lo juzgó la Rota, *ante el Cardenal Serafin*, *decis.* 1474. *n.* 1. *vers. Nec obstat*, citada por Leotard. en *d. n.* 32. y por ello se veria precisado á venderla mas barata. Y ademas no pudiéndose negar que dicho pacto es útil al comprador, que por tal le solicita, es preciso confesar que es gravoso al vendedor, por ser correlativo lo uno de lo otro. A que se añade, que estando constituidas *dichas leyes* en beneficio de los vendedores, se deben ampliar á favor suyo. Matienz. en la *ley* 1. *tit.* 15. *lib.* 10. *de la Nov. Rec. glosa* 1. dice, que no debe tenerse consideracion de este pacto; porque mas debe atribuirse á la impericia de los Escribanos, que á la voluntad de las partes; lo juzgamos tambien así; pero añadimos que no debe valer, aunque conste haberse puesto por voluntad de los contrayentes. Ni tampoco nos embaraza la *cláusula* 5. *del Motu de San Pio V.* que aprueba este pacto; porque ademas de que no habla de los censos que tienen precio tasado por la ley, no está

se conserve, como queda en el solar el derecho de hipoteca, quemada la casa (1): y en tanto se considera extinguido, en quanto el acreedor no tiene derecho para exîgir las pensiones, ni para obligar al deudor á que reedifique la casa. Y esto se observará, aunque el deudor se hubiese obligado á sufrir qualquier perjuicio, y á reedificar la casa, sino es que se hubiere compensado esta obligacion aumentando el precio en la tercera ó quarta parte, ú otra sobre la tasa que deberia moderarse; segun el arbitrio del Juez, para que fuese correspondiente al aumento de obligacion que habia tomado sobre sí el deudor, Molin. *disp.* 389 *y* 391. Avend. *cap.* 60. *n.* 11. Vela *d.* 33. *desde el n.* 72. en donde trata latisimamente de la renuncia de los casos fortuitos, su fuerza y extension. Recordamos lo que hemos dicho de los pactos gravosos al deudor en los *nn.* 31. *y siguientes.*

41 ¿Y qué dirémos, si la casa que se habia arruinado enteramente, se reedificase de nuevo? La comun sentencia niega, que reviva el censo que se extinguió, como sucede en el usufructo. Pero es mas verdadera la opinion contraria; porque quedando *in habitu*, como hemos probado, el censo en el solar no tanto debe considerarse extinguido, como suspendido y vuelto infructuoso, del mismo modo, que si un campo que se creyó perpetuamente estéril é infructuoso, sin haber producido fruto alguno por muchos años, se hiciera de nuevo fructífero por alguna muy rara ocurrencia. Ni hace fuerza el exemplo en contrario del usufructo; porque este derecho personal es muy delicado, y se pierde con mucha facilidad de suerte, que el de un pinar se pierde con solo haber cortado los pinos, y haberse hecho tierra campa para sembrarla; lo que ninguno ha soñado decir en los censos. Mas por esta reviviscencia no tendrá derecho el acreedor de exîgir las pensiones correspondientes á los años de la ruina; porque entonces no se adeudáron. De la práctica contraria se queja con razon Socueva en su *librito de los censos*, §. 4. *al fin*, diciendo

(1) L. 29. §. pen. de pignor.

Aclaracion de prescripcion

de Censos

El capital jamas prescribe; aunque el censualista nó pida los reditos en muchisimos años, p.r mientras haya ó exista la finca hipotecada hay Capital.

Lo contrario en los reditos p.r la ley 63 de toro establece que por muchos años que adeude el censuario ~~[illegible]~~ podra cobrar los reditos que se adeuden de 3 a años ~~[illegible]~~ p.r ser accion hipotecaria; p.r de estos ... solo podrá pedir efectivamente por 9 y 1/3 ... razon a que el dro de escritura ... obligacion personal prescribe por 10 años ... y de 16 hasta los 30 podra pedirlos por la via ordinaria &.

La pension sobre el capital del censo ha de ser justa á proporcion de esta y de aquella, estando regulada al 3/100 que corresponde al 33,000 y 1/3 al ~~[illegible]~~ Millar

ser la causa de haber en Sevilla tantos solares, y estar la ciudad afeada con ruinas. Será pues muy del caso, para evitar pleytos, que el poseedor del solar afecto á censo, pacte con el dueño de este antes de reedificar.

42 El III. modo de extinguir los censos es la dimision, esto es, si el poseedor de la cosa censida la dimite ó desampara á favor del acreedor, como lo prueba Avend. en el *cap.* 110. *nn.* 6. *y* 12. La razon es en substancia la misma, que la del caso en que perece la cosa, á saber, que siendo el censo cargo á la manera de servidumbre, carga sobre sola la cosa, y la persona solamente está obligada en quanto la posee; y de consiguiente debe serle permitido dexar la cosa, y libertarse con ello del censo, de la misma manera que el dueño del predio sirviente puede dexarle, y quedar libre de la servidumbre. Por la misma razon dixo muy bien el Jurisconsulto Marciano (1), que debia ser oido el legatario, á quien el testador legó un campo, con la carga de dar á otro cierta cantidad, y él quisiere no admitir el legado, ó prestar el campo para no pagar el fideicomiso.

43 El IV. modo de extinguirse los censos es la prescripcion de 30. años, quando alguno poseyere la cosa como libre de tal carga por dicho término, con buena fe y sin interrupcion, como generalmente sin diferencia de poseedores lo defienden Gom. 2. *var. cap.* 11. *n.* 45. Carleval *de jud. lib.* 1. *tit.* 3. *disp.* 4. *n.* 20. Pero otros Doctores juzgan deberse distinguir, si el poseedor de la cosa es el mismo que impuso el censo, ó algun sucesor suyo universal; ó es otro que la adquirió por título singular. Estos en el primer caso siguen la sentencia citada de Gomez y Carleval, y dicen deber entenderse de este caso la *l.* 6. *nota.* 1. *tit.* 15. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* (63. *de Toro*), que pone este término á las obligaciones con hipoteca ó mixtas. Y en el segundo se dividen en diferentes opiniones. Gutier. *lib.* 1. *pract. quæst.* 90. con otros muchos que cita

(1) *L.* 114. §. 4. *de legat. et fideic.* 1.

al *n.* 9. juzga, que el tercero que poseyere con buena fe y justo título la cosa como libre por 10. años entre presentes, y 20. entre ausentes, consigue la libertad de la cosa, segun las *leyes* 39. *tit.* 13. *P.* 5. y 27. *tit.* 29. *P.* 3. que cree no estar corregidas por *d. l.* 6. lo que no nos place; porque ademas de ser generales las palabras de esta ley, allí: *La deuda se prescriba por* 30. *años*, sin que hagan mencion de diferencia de poseedores, no aparece razon alguna para decirse, que es correctoria de las *referidas* 39. *y* 27. *de la Partida* 3. en quanto en ellas se requirian 40. años en el primer caso, como el mismo dice, y no lo es por la otra parte, en que se contentaban con 10. en el segundo.

44 Ni tampoco nos parece bien la opinion de Avend. en el *cap.* 103. *n.* 7. de que el tercer poseedor no puede prescribir sino por tiempo inmemorial, ó de 40. años con título, fundado en que en la constitucion del censo se añade siempre el pacto de no enagenar la cosa, el qual como impeditivo de la traslacion del dominio, resiste á la prescripcion. Cuya razon tiene muchas satisfacciones: I. Porque no se ha de dar tanta fuerza á este pacto, como prueba Gutier. *d. quæst.* 90. *n.* 9. II. Porque no tratamos de prescribir la cosa, sino el censo impuesto en ella, el qual sin enagenarse la cosa puede prescribirse por el mismo que le impuso, ó á lo menos por su heredero ó legatario, si tienen buena fe. III. Porque no siempre se pone dicho pacto. IV. Porque quando se ponga, se debe considerar no puesto por ser gravoso al deudor; y no deber tener lugar en los censos los que son de esta clase, como latamente hemos probado en los *nn.* 36. *y siguientes.* Es verdad, que en algunos de los irredimibles podria tenerle; pero son bastantes las otras razones para excluir esta opinion. Concluimos pues siguiendo la sentencia de Gom. y Carleval, que es muy conforme á la citada *ley.* 6. que no haciendo diferencia entre poseedores y poseedores, establece la prescripcion de 30. años en las obligaciones mixtas, ó no meramente personales, cuya calidad ningu-

no ha negado jamas á la de censo. Queremos por último advertir aqui, que en este Reyno de Valencia está recibido y autorizado por innumerables sentencias de los tribunales, necesitarse cien años para prescribirse los censos, como enseña Bas *in Theat. jurisp. cap.* 12. *n.* 23. Pero no habiendo ahora razon alguna para decir, que esta jurisprudencia no está corregida por *d. l.* 6. desde que en este Reyno nos gobernamos por las leyes de Castilla, parece podrá decirse, que tambien en él se deberán prescribir los censos por 30. años. Ni pesa mucho la razon que en *d. n.* 23. señala Bas.

45 Esta prescripcion que extingue el censo, empieza á correr desde el tiempo en que se cesó del todo en las pagas de las pensiones, esto es, desde que el acreedor no las cobró de persona alguna, como lo prueba bien Avend. en el *cap.* 105. de suerte que aunque no haya pagado el poseedor de la cosa, no habrá prescripcion, ni aun empezada, si paga el que contraxo con el acreedor, ó algun otro en su nombre, Cencio *de censib. quæst.* 117. *nn.* 16. *y* 17. Si extinguido el censo por la prescripcion, se entienden extinguidas todas las pensiones, asi la del primer año en que se dexó de pagar, como de los siguientes, ó sean necesarias para extinguirlas todas, tantas prescripciones como ellas son, de modo que cada pension necesite de su prescripcion, contadora desde que ella debió pagarse, es qüestion de mucha dificultad que trata con extension Avend. en el *cap.* 104. y juzga, que con la prescripcion del censo se extinguen todas las pensiones. Trae allí mismo la razon, y tambien Carleval *de judic. lib.* 1. *tit.* 3. *disp.* 4. *n.* 20. á saber, que el censo es lo principal, y las pensiones lo accesorio, y es bien sabido que destruido lo principal, se pierde tambien lo accesorio. Inclinamos algo á esta opinion, pero confesando ser tambien muy probable la contraria, que defienden muchos que cita Ayllon *ad Gom.* 2. *var. cap.* 11. *n.* 45. La tratamos en nuestro *Apéndice*.

46 Y últimamente se extingue el censo por la reden-

cion, que es el modo mas sencillo y natural de todos, quando el deudor restituye al acreedor el precio ó capital que este le habia dado al tiempo de su constitucion. Es pues permitido al deudor restituir quando quiera el capital que recibió, y librarse del censo con esta restitucion. Y no está obligado á restituirlo todo de una vez: lo podrá hacer en partes, aun resistiéndolo el acreedor, como lo prueban bien, satisfaciendo los argumentos contrarios, Avend. *cap.* 107. Felician. *lib.* 1. *cap.* 8. *n.* 16. *y tom.* 2. *cap.* 8. *n.* 12. Gutier. *lib.* 2. *pract. quæst.* 174. Vela *disert.* 34. *desde el n.* 48. citando muchas sentencias de las Audiencias de Sevilla y Granada. La principal razon de estos Autores es, que las *Extravagantes de Martino V. y Calixto III.* que citamos arriba al *n.* 34. recibidas por todos en este asunto, y muy recomendables, como que fueron las primeras que dieron la forma á estos censos, ó los aprobaron, establecen que la redencion se puede hacer en parte. Y como la palabra *parte*, puesta simplemente sin añadidura alguna, segun se lee en *dd. Extravagantes*, significa la mitad (1); y la facultad de redimir por partes, es contraria á la doctrina comunmente recibida en asunto de pagas, de que no pueden hacerse por partes, resistiéndolo el acreedor, nos parece bien la opinion de Vela en *d. disert.* 34. *n.* 5. del no serle permitido al deudor redimir una parte que sea menor que la mitad.

47 Pero que tampoco nos desagrada la de Gutier. que en *d. quæst.* 174. quiere que la parte que se desee redimir debe ser mediana como la tercera, ú otra al arbitrio del Juez, atendida la cantidad del censo, y la de las personas; y que este en caso de duda debe ser mas propenso á admitir la redencion que á negarla, especialmente si el censo fuese ya viejo; porque estos censos son odiosos: sino es que fuese tan pequeña la parte, que su limitada redencion causara grave perjuicio al acree-

(1) *L.* 43. *d. usufr. l.* 164. §. 1. *de verb. sign.*

dor. Notan aqui los mismos Autores, que no valdria el pacto que prohibiese la redencion por partes, sino es que fuese compensado, por haberse dado en la constitucion del censo mayor precio que el tasado por la ley, dando la razon de que este pacto, por ser gravoso al deudor disminuye el precio, lo que prohiben severamente nuestras leyes, como hemos visto al *n.* 36. removiendo por ella todos los pactos gravosos en el *n.* 38. No debemos omitir aqui, que la naturaleza del censo no permite que se conceda al acreedor facultad de poder obligar al deudor á que le redima; porque si esto sucediera, no seria censo, sino mutuo, y las pensiones usurarias, como advierte bien Feliciano *d. lib.* 1. *cap.* 8. *n.* 18. y en otras partes.

48 Queremos hacer memoria aqui de un contrato muy semejante al del censo, y harto freqüente en este Reyno de Valencia, que se llama debitorio, y es: *Compra en que el comprador, recibiendo la cosa que se le vende, se retiene el precio, obligándose á pagarlo á cierto tiempo, y entre tanto la pension que se establece, reservándose el vendedor el derecho de exîgirla, en compensacion de los frutos de la cosa que entrega al comprador.* Covar. 3. *var. cap.* 4. refiere varios pactos semejantes á este, que en las compras suelen poner los contrayentes, y aprueba su justicia: porque la pension que exige el vendedor es en compensacion de la cosa que entregó, y por no carecer del precio y de los frutos, aprovechándose de uno y otro el comprador (1). Los Autores de este Reyno que han exâminado con cuidado este contrato, Leon *decis.* 48. Bas *in Theat. jurispr. cap.* 12. *n.* 18. *y siguientes* dicen unánimes que no es censo; porque recibiendo el acreedor que vendió la cosa las pensiones, con solo el respecto á sus frutos, y por no carecer de ellos, y al mismo tiempo de las utilidades del precio que no recibió, es consiguiente ser tan personal la obligacion de pa-

(1) *L.* 5. *C. de act. empt. et vend.*

garlas el comprador, que ni se radica en cosa alguna, ni dice respecto á industria ú obras de la persona, en cuyos términos todos confiesan no haber censo alguno, á excepcion del vitalicio. Y tal vez por este motivo no ha tenido lugar hasta ahora en los debitorios el aumento de precio, ó baxa de pension á razon de 3. por 100. de que hemos hablado en el *n.* 20. segun la real resolucion del año 1762. en la qual el Rey, á súplica de las *Villas de Castellon de la Plana y Villareal*, y otras, y á consulta del Supremo Real Consejo manda, que los debitorios permanezcan en el mismo estado que tenian antes del año 1750. en que se hizo la baxa de la pension en este Reyno, y demas de la Corona de Aragon; reservando á los deudores el derecho de pedir ante el mismo Consejo la baxa de la pension en juicio de propiedad; de suerte que dicha Real resolucion solo dice respecto á la posesion.

49 Aunque mirada la cosa con delicadez, los debitorios no son censos, hemos de confesar que hacen sus veces, por lo menos en la intencion de los que venden sus cosas á su tenor; porque solo piensan en sacar renta á razon de 5. por 100. segun la daban los censos antes de la baxa del citado año 1750. Y esto mismo sucede en las ventas que se hacen con el pacto dicho *de retrovendendo*, *ó á carta de gracia*, como solemos llamarlas, y hemos explicado en el *tit.* 11. *n.* 26. Es lo regular en ellas buscar el vendedor una persona extraña que haga el papel de arrendatario, y el mismo vendedor se constituye su fiador, y en su conseqüencia se queda cultivando el campo, y percibiendo sus frutos, como si no le hubiese enagenado, á la sombra del simulado arrendamiento; y cuidando solamente el comprador de sacar el 5. por 100. del dinero qué dió en precio: lo que da mucho motivo á innumerables pleytos y perjuicios; porque ignorando casi todos estas ventas, á causa de querer tenerlas en oculto los que las hacen, sucede con alguna freqüencia, que estos mismos vendedores vendan á otro las cosas como si todavia fuesen suyas. Lloramos, que

esto suceda tambien en varias ventas que se hacen á Comunidades eclesiásticas; y aun mas que en algunas se observa obligar al vendedor á que haya de pagar el Real derecho de equivalente que adeudan las cosas así vendidas. Hay falta del remedio que hemos expresado en *d. n.* 26.

50 Para obviar estos inconvenientes y fraudes que tambien se observan en las constituciones de censos, se han establecido varias leyes en el año 1539. la *l.* 1. *tit.* 16. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* en el de 1713. *la ley* 2. *tit.* 16. *lib.* 10. *Nov. Rec.* y últimamente en el de 1768. la *l.* 3. *d. tit.* 16. que confirma las dos anteriores, y da un remedio mas completo, que contiene lo siguiente: I. Que en todas las Cabezas de Partido se establezca un *Oficio de Hipotecas*, para cuyo gobierno sea obligacion del Escribano de Ayuntamiento tener un libro en que tenga registro separado de cada uno de los Pueblos del distrito, y en ellos tomar razon de todas las Escrituras, con la expresion de su fecha, nombres, y vecindad de los otorgantes, y de la calidad del contrato, obligacion ó fundacion, diciendo si es de imposicion, venta, fianza, vínculo ú otro gravámen de esta clase, y los bienes raices gravados ó hipotecados que contiene el instrumento, con expresion de sus nombres, cabidas, situacion y linderos en la misma forma que se exprese en el instrumento: con la prevencion, que por bienes raices, ademas de casas, heredades y otros de esta calidad; inherentes al suelo, se entienden tambien los censos, oficios y otros derechos perpetuos que pueden admitir gravámen ó constituir hipoteca. II. Que todos los Escribanos que autorizaren escrituras de las que habla *esta ley*, esten obligados á hacer en ellas la advertencia de que se ha de tomar la razon dentro del preciso término de seis dias, si el otorgamiento fuese en la misma Cabeza de Partido; y dentro de un mes si fuere en otro el Pueblo del Partido. III. Que no cumpliéndose con el registro y toma de razon, no hagan fe las escrituras en jui-

cio ni fuera de él, para el efecto de perseguir las hipotecas, ni para que se entiendan gravadas las fincas contenidas en la escritura, cuyo registro se haya omitido; y que los Jueces ó Ministros que contravengan, incurran en las penas de privacion de oficio y de daños, con el quatrotanto que previene *la citada ley* 2. Y que baxo la misma pena tengan obligacion los Escribanos de prevenir esta formalidad en todas las escrituras que recibieren. IV. Que por lo tocante á los instrumentos anteriores á *esta ley*, cumplirán las partes con registrarlos antes de presentarlos en juicio: bien entendido, que sin preceder esta circunstancia, no podrá juzgarse por tales instrumentos, ni harán fé para dicho efecto de perseguir las hipotecas, ó verificacion del gravámen de las fincas, baxo las mismas penas, aunque hagan fé para otros efectos diversos. V. Que si alguno llevare á registrar instrumentos de redencion de censos, ó liberacion de la hipoteca ó fianza, si se hallare la obligacion ó imposicion en los registros, se busque y ponga nota al márgen, ó continuacion de estar redimida; y si no se halla, ó hallándose quiere la parte, se tome razon de la redencion del mismo modo que de la imposicion. Por no ser tan largos omitimos otras circunstancias menores, que puede ver en *d. ley* el que quisiere saberlas todas.

51 El fin de las leyes que acabamos de notar es, segun en las mismas se explica, para que puedan llegar á noticia de todos las cargas de las cosas, y evitarse de este modo la ocasion de engañar á los compradores, causándoles embarazos y perjuicios. Y por el mismo motivo se establece en la *ley 2. de d. tit.* 16. que si el dueño de la cosa sujeta á censo ó tributo impusiere sobre ella otro censo ó tributo, tenga obligacion de manifestar y declarar los censos ó tributos que hasta entonces tuviere cargados sobre dichas cosas, so pena que si así no lo hiciere, pague con el dostanto la quantía que recibiere por el censo que así vendiere y cargare de nuevo á la persona á quien vendiere dicho censo.

52 Si el dueño de la cosa censida ú obligada á algun cargo, la vendiese como libre, tendrá el derecho el comprador de precisarle á que la liberte de la carga; y si no hubiese dado precio podrá retenerle pero no pedir que se deshaga la venta, porque toda vez que quede con la cosa libre, nada tiene de que poder quejarse, Molin. *d. tract.* 2. *disp.* 394. *vers. E contrario*, *et seq.* Gutier. *lib.* 2. *pract. quæst.* 169. en donde dice haberlo visto sentenciar así en la Chancillería de Valladolid. Si el cargo fuese censo irredimible, del que el vendedor no tiene facultad para libertar la cosa censida, se ha de tomar otro camino. *La ley* 63. *tit.* 5. *P.* 5. concede derecho al comprador para que pueda deshacerse la venta, y recobrar el precio que dió con los daños y menoscabos que haya tenido por esta razon, Gutier. *d. quæstion* 169. Gom. 2. *var. cap.* 2. *n.* 45. en donde dice con razon, que atendida *esta ley*, es eleccion del comprador pedir la rescision de la venta, ó retener la cosa, y solicitar la satisfaccion de su interes por la accion *quanti minoris*, por aquellas palabras de la ley: *Puede el comprador desfacer la vendida.* En el dia ya puede redimirse por la *cédula del corriente año* 1801. que hemos notado al *núm.* 23.

TITULO XV.

DE LA COMPAÑÍA Ó SOCIEDAD: Y DEL MANDATO.

Titt. 10. 12. P. 5. (1).

(1) *Titt.* 26. *et* 27. *lib.* 3. *Inst.*

5. 6. *De las compañías en que alguno pone por caudal su trabajo ó industria.*
7. 8. 9. 10. *De los modos de acabarse la compañía.*
11. *Diligencia que deben prestar los compañeros, y su obligacion en resulta de culpa ó dolo, y efecto notable de la buena fé que debe observarse en este contrato.*
12. *Las resultas de la compañía alcanzan á los herederos.*
13. 14. *Qué sea mandato, y sus especies.*
15. *De la mutua obligacion entre mandante y mandatario.*
16. *Mandatos que no valen.*
17. *Modos de fenecer el mandato.*

1 El tercer contrato consensual es el de compañía ó sociedad, la qual es: *Ayuntamiento de dos ó mas hombres, hecho con intencion de ganar algo.* Nace de ella grande utilidad quando se hace entre hombres buenos y leales, que se socorren los unos á los otros, como si fuesen hermanos. Y se puede hacer ayuntando los que la contraen su haber ó caudal, y á las veces poniendo el uno solamente su industria ó trabajo (1). Y se contrae por el solo consentimiento ú otorgamiento de los que quieren ser compañeros, *princ. y ley* 1. *tit.* 10. *P.* 5 Y la puede hacer qualquiera que no sea mentecato ó menor de 14 años, *d. l.* 1. Pero solo de cosas buenas y honestas, porque de malas que sean contra las buenas costumbres, no puede haber compañía, *l.* 2. *d. tit.* 10. (2).

2 Se puede contraer hasta cierto tiempo, ó por toda la vida, *d. l.* 1. y de dos maneras. La una quando la hacen de modo, que todas las cosas que han los contrayentes quando la hacen, y las que ganaren de alli en adelante sean comunes, y tambien la ganancia como la pérdida. La otra es quando la hacen sobre una cosa señaladamente, como vender vino, paño ú otra cosa semejante, *l.* 3.

(1) *L. 7. pro soc.* (2) *L. 57. eod.*

d. tit. 10. (1). El efecto de la primera es hacerse comunes todos los bienes que tienen al tiempo del contrato, sin ser necesaria verdadera tradicion ú ocupacion en el uno de lo que antes era del otro, *l.* 47. *tit.* 28. *P.* 3. que lo pone por otro de los exemplos de la fingida; y los que despues les vinieren en qualquiera manera que sea, aunque fuese peculio castrense ó quasi castrense, con todas sus ganancias. Y de ahi es, que cada uno de los compañeros puede usar de estos bienes, y hacer demanda sobre ellos. Pero si alguno tuviese señorío, jurisdiccion ó derecho de cobrar de sus deudores, los otros no lo pueden demandar ni usar de la jurisdiccion, si señaladamente no les fuere otorgado del otro poderlo hacer, *l.* 6. *d. tit.* 10. cuyo poder le deberá otorgar, y lo que cobraron ó percibieron será comunalmente de todos, *d. l.* 47.

3 Esta *l.* 6. *y la* 3. solo ponen las dos especies de compañía que acabamos de referir al tenor de las Instituciones de Justiniano donde se hizo asi (2). Pero atendidas las *leyes* 7. *y* 12. del mismo *tit.* 10. debemos decir para mayor claridad de la materia, que la compañía que no es universal de todos los bienes de los contrayentes, se ha de subdividir en tres especies, á saber, ó para un solo negocio como se explica *d. l.* 6. ó simplemente sin expresar bienes sobre que se hace, segun la *l.* 7. *d. tit.* 10. ó sobre las ganancias que hicieren segun la 12. del mismo *tit.* En la primera de estas tres especies claro está que únicamente debe atenderse á las ganancias ó pérdidas en aquel negocio: las ganancias que por otro respecto hiciere otro de los compañeros no son comunes, sino propias del que las hizo. En la segunda se han de partir aquellas ganancias que provinieren de aquel menester ó mercadería que usaren, *d. l.* 7. de modo que solo pertenecen á ella las ganancias qüestuarias que salen de la industria ó trabajo, como advierte bien Gregor. Lop. en la *glos.* 1. *de d. l* (3). En la tercera entran todas las ganancias, tomada lata-

(1) *Princ. Inst. de societ.* (2) *Dict. princ. Inst.* (3) *L.* 7. *pro soc.*

mente esta voz, de manera que comprehenda todo lo adquirido, aunque no fuese por trabajo ó industria, sino por herencia ú otro título semejante, *l.* 12. *d. tit.* 10. Es pues esta compañía media entre la universal de todos los bienes y la qüestuaria. En el derecho Romano no la hemos advertido.

4 En quanto á las partes de ganancia y pérdida, se guardará lo que los contrayentes hayan expresado, como sea cosa guisada ó justa; y si nada expresaron deberán ser iguales. Si expresaren las de la ganancia, y no las de pérdida, se partirán estas como se expresó en la ganancia, y al contrario, de modo que la expresion de una sirve para la otra, *l.* 3. *d. tit.* 10. (1). Y adviértase, que la igualdad no ha de ser aritmética, sino geométrica ó proporcional al caudal que cada uno ha puesto, es decir, que si el caudal de uno fueren 300. y el del otro 200. y la ganancia importare 10. tendrá 6. el de 300. y 4. el de 200. porque la misma equidad dicta, que cada uno saque á proporcion de lo que ha puesto. Si sucediere que por ser uno de los compañeros mas perito en la negociacion, ó poner mas trabajo, ó aventurarse á mas peligros que los otros, se le señalare mas porcion de la ganancia seria válida esta convencion. Asimismo valdria el pacto de que uno no tuviese parte en la pérdida en los términos que explicaremos al *n.* 6., y sí en la ganancia. Pero no si el pacto fuere de que uno no tuviere parte en la ganancia, sino que toda esta fuese del otro: cuya compañía llaman las leyes leonina, *l.* 4. *d. tit.* 10. (2), tomando la denominacion de la Fábula de Esopo, en que toda la ganancia ó presa fué para el Leon, sin tener parte alguna sus compañeros en la caza el Asno y la Zorra. Puede ponerse la division de partes en el arbitrio de un tercero señalado, y si este las hiciere justas, se habrán de guardar; pero si las hiciere injustas, señalando mas á uno que á otro, sin mostrar razon alguna, debe regularse su arbitrio por el

(1) §§. 1. *et* 3. *Inst. de societ.* (2) §. 2. *eod. l.* 29. §. 2. *pro soc.*

dictámen de hombres buenos que exâminen y decidan bien la cosa, *l.* 5. *d. tit.* 10. (1).

5 Pudiendo contraerse compañía de modo, que uno solo ponga su industria y trabajo, y el otro el caudal, como diximos en el *n.* 1. *princ. d. tit.* 10. (2); y siendo harto freqüente esta manera de contraerla entre ganaderos y pastores, queremos manifestar aqui la diversidad que en esto puede haber; pues aunque no hemos hallado mencion de ella en nuestras leyes, se encuentra en nuestros Autores, y hacen preciso su conocimiento las muchas concurrencias en que es necesario. Le facilitamos en la manera siguiente. Unas veces por ser el trabajo corto, y el caudal de buena calidad, se coteja ó compara aquel con solo el uso de este, y el peligro de perderle; y otras por ser contrarias las circunstancias con el dominio. Quando sucede lo primero, el que puso el trabajo no se hace partícipe del caudal que puso el otro; y de consiguiente para este solo, que es su único dueño, queda salvo ó perece sin que tenga parte alguna el que puso el trabajo: todo lo qual sucede al contrario en el caso segundo. Si en el contrato se explicó qual de estos dos modos quisieron los contrayentes que debia observarse, ese se observará.

6 Pero si esto no apareciese, interpretarémos su voluntad á favor del primero, si el trabajo fue poco, y el caudal de calidad buena, fácil de tener aumento, y dar frutos pingües; y por el segundo, si mereciese tanta estimacion el trabajo, como valia el caudal, por ser aquel mucho, y este de mala calidad, como lo prueban bien Covar. 3. *var. cap.* 2. *n.* 2. Escobar *comput.* 22. Vin. *lib.* 1. *select. quæst. cap.* 54. Pongamos dos exemplos para que se vea con claridad esta doctrina: I. Pedro puso caudal que valia mil pesos en la compañía, y tú prometiste poner y pusiste tanto trabajo, que os pareció igualar el trabajo con el valor del caudal: disuelta la compañía se dividirá en partes iguales lo que se hallare, sin tener cuenta de si

(1) *L.* 6. *pro soc.* (2) *L.* 7. *eod.* §. 2. *Inst. de societ.*

hubo ganancia ó pérdida. II. El trabajo que se habia de poner era tan corto, que solo quisisteis igualarle con el beneficio que podia producir el uso del caudal: el valor de lo que quedare hasta mil pesos todo será de Pedro; y tú solo tendrás la mitad del sobrante si lo hubiere, y la otra mitad será para Pedro. Si en este segundo exemplo hay pérdida en el caudal, se suele decir, que todo el daño es de Pedro, y ninguno del que puso el trabajo: y de consiguiente, que es válido pactar, que uno de los compañeros tenga parte de la ganancia, y no de la pérdida, como hemos dicho al *n.* 4. Pero claro es, que el no tenerla de esta, se entiende solamente respecto del caudal, del que nada pierde, porque nada puso ni tuvo: mas en realidad pierde el trabajo que puso, y de ahí lo válido y lícito de esta convencion.

7 Los modos de acabarse la compañía referidos en la *l.* 10. *d. tit.* 10. son: I. La muerte natural de alguno de los compañeros, y en tanto grado, que siendo muchos los compañeros, se acaba por la muerte de uno solo, sino es que hubieren pactado de que muerto uno, siguiesen los demas en la compañía (1). Pero no valdria el pacto de que muerto un compañero, hubiese de durar la compañía en sus herederos, sino es que lo fuese de arrendamiento de cosas del Rey ó de algun comun, *l.* 1. *d. tit.* 10. (2). II. Si alguno de los compañeros fuese desterrado para siempre, porque nunca ha de salir del destierro, y pierde sus bienes (3). III. La cesion de bienes de alguno de los compañeros (4). IV. Morirse ó perderse la cosa, por la qual fue hecha la compañía (5), ó porque mudase de estado haciéndose sagrada.

8 Tambien se acaba por otro modo que refiere la *l.* 11. del mismo *tit.* 10 que es la renuncia (6). Si esta no es dolosa ó intempestiva, nada mas hay que advertir sobre ella. Pero sí, quando tuviere alguna de estas malas calidades. La que se hizo con dolo ó engañosamente, al paso que no

(1) §. 5. *Inst. de societ.* (2) *L.* 59. *de pro soc.* (3) §. 7. *eod.* (4) §. 8. *eod.* (5) §. 6. *eod.* (6) §. 4. *eod.*

libra al renunciante de sus compañeros, liberta á estos del que renunció. Si por exemplo pues, viendo el renunciante que le venia por herencia, ú otro título alguna ganancia, hiciere la renuncia, serán sus compañeros partícipes de esta ganancia: pero por lo contrario, si viniere alguna á los otros despues de la renuncia, nada participará de ella el que renunció, *d. tit.* 10. *l.* 12. (1). De la renuncia intempestiva, que se hace antes de acabarse el negocio sobre que se hizo, ó el tiempo que habia de dudar, dice la *l.* 11. *d. tit.* 10. que debe pagar el que la hiciere á los otros todo el daño ó menoscabo que les viniere por esta razon; salvo si se hubiere pactado quando se otorgó la compañía, que la pudiese desamparar qualquiera, siempre que quisiere antes ó despues del tiempo expresado.

9 La doctrina de esta *ley* ha de entenderse quando el renunciante no tiene justa causa para renunciar; porque si la tuviere podrá hacerlo impunemente. La *l.* 14. *d. tit.* 10. señala quatro: I. Quando uno de los compañeros es tan bravo ó de tan mala índole, que los demas compañeros no le pudiesen sufrir, ó vivir con él en buena manera. II. Si algun compañero es enviado por el Rey, ó el comun de alguna Ciudad ó Villa con poderes, ó le dan algun oficio, ó le mandan hacer algun servicio ó cosa que sea á beneficio del Rey, ó del comun del Lugar. III. Quando no guardan á algun compañero la condicion, que se puso al contraerse la compañía. IV. Quando aquella cosa por la qual se hizo la compañía, es embargada de manera, que no pueden usar de ella. Esta IV. razon de que pone exemplos la ley, puede referirse al modo IV. de acabarse la compañía que acabamos de notar.

10 Por lo que hemos manifestado se ve acabarse la compañía, por dos modos que no tienen lugar en los otros contratos, á excepcion del de mandato, en que tambien lo tienen en parte, como luego veremos, y son la muerte y la renuncia, sin embargo que tienen contra sí dos axio-

(1) *L.* 14. *pro. soc.*

mas ó reglas capitales, á saber: *El que contrae, contrae para sí y para su heredero*, *l.* 11. *tit.* 14. *P.* 3. (1), y el otro: *De la obligacion una vez contraida, no puede apartarse uno de los contrayentes contra la voluntad del otro.* (2). La razon de no obstar el I. es, porque en contraer la compañía, tienen los contrayentes respeto y consideracion á la industria ó habilidad de la persona, y á las veces el heredero de hombre muy hábil, es un bolo. Y el II. para mantener la tranquilidad de las gentes; porque el mantenerse en comunion los que no tienen voluntad de ello, produce desacuerdos y discordias, *l.* 11. *tit.* 15. *P.* 6. (3).

11 Para concluir este asunto, falta que digamos algo de las obligaciones que tienen entre sí los compañeros, y modo en que deben portarse en la administracion de las cosas comunes. Las debe gobernar el compañero que las administra con el mismo cuidado y diligencia, que si fuesen cosas propias: de suerte que deberá prestar la culpa leve, segun la regla del *tit.* 10. *n.* 38. Si lo hiciere así, los daños y menoscabos que haya en ellas serán comunes á todos; pero si sucedieren por dolo suyo de no haber puesto cuidado, serán todos de su cuenta, debiendo resarcir á los otros los perjuicios que les hubiere causado, *l.* 7. *d. tit.* 10. (4), sin que le sirva decir, que por otra parte hizo tantas ganancias que podia ser mejorada la pérdida; y si algun otro hubiere procedido tambien con dolo, deberán los dolosos repartirse entre sí el resarcimiento de perjuicios á favor de los demas, *l.* 13. *d. tit.* 10. Por la exhuberancia de buena fe é igualdad que debe reynar en este contrato (5), establece la *l.* 15. *d. tit.* 10. que si el que administra los bienes hubiese dado á uno ó á los dos de sus compañeros alguna porcion sin noticia de los otros, y despues no le quedase parte igual para estos, sin cuya noticia la dió, la han de volver á la compañía los que la recibieron, para hacerse con igualdad, segun correspon-

(1) *L. 9. de probat.* (2) *L. 5. C. de obl. et act.* (3) *L. 77. §. 20. de legat. 2.* (4) *§. 9. de Inst. de societ.* (5) *L. 3. C. pro soc.*

da, la division entre todos; sino es que habiendo sabido los que no la recibieron, que se habia dado á los otros, callaron por pereza, entretanto se hizo pobre el administrador sin poderla dar á ellos; en cuyo caso sufrirán este perjuicio por su culpa (1).

12 Aunque segun hemos visto se acaba la compañía por la muerte del compañero, sus resultas de cuentas tanto activas como pasivas, respectivas al tiempo que duró, pasan á los herederos *l. ult. d. tit.* 10. Y últimamente advertimos, que al compañero le compete el beneficio que llaman de competencia, que consiste en no poder ser reconvenido en mas de lo que pudiere hacer, *d. l.* 15. *d. tit.* 10. (2), de cuyo beneficio hablarémos en su lugar.

13 El quarto y último contrato de los que se contraen por solo el consentimiento de ambos es el mandato ó mandamiento, y es: *Encargo que uno hace á otro que le recibe con obligacion de cumplirle.* Y se puede hacer entre presentes, ó por cartas ó mensageros entre ausentes; y tambien á dia cierto, ó so condicion. A dia cierto, como si uno dixera á Pedro: *Te mando ó quiero des á comer á Juan hasta el dia primero del año* 1804. *ó si quedare viudo*, si lo quisiere hacer so condicion. Y bastan para contraerse qualesquiera palabras que manifiesten la intencion de obligarse, *l.* 24. *tit.* 12. *P.* 5. Y se puede tambien contraer tácita ó calladamente, *l.* 12. *d. tit.* 12.

14 Por razon del fin se puede contraer de cinco maneras referidas con exemplos en las *leyes* 20. 21. *y* 22. *d. tit.* 12. á saber: I. Por utilidad de solo el mandante. II. Por la de un tercero solamente. III. Por la del mismo mandante y la de un tercero. IV. Por la del mandante y la del mandatario. V. Por la del mandatario y la de un tercero. No juzgamos ser necesario poner los exemplos, porque ademas de estar referidos en *dd. ll.* es tan fácil formarles, que lo puede hacer qualquiera con muy poca meditacion (3). Pero si se hiciere por sola

(1) *L.* 63. §. 5. *pro soc.* (2) §. 38. *Inst. de action.* (3) *Princ. et* §§. 1. 2. 3. 4. *et* 5. *Inst. de mandat.*

la utilidad del que le recibe, no tanto seria mandato como consejo, sin producir obligacion en el mandante, sino es que le hubiese dado maliciosamente ó con engaño, en cuyo caso deberia pagar todo el daño que recibió por esta razon aquel á quien le dió, *l.* 23. *d. tit.* 12. (1).

15 Este contrato del mandato ó mandamiento es tambien bilateral, en que se obligan mútuamente los contrayentes La obligacion del mandante es, haber de pagar al mandatario lo que hubiere gastado ó expendido en cumplir el mandamiento; y el de este haberlo de cumplir de manera, que si en no cumplirlo, ó cumplirlo mal, comete engaño ó culpa, ha de satisfacer al mandante el daño que le haya ocasionado, *d. l.* 20. que da la razon de que los mandamientos se hacen por hacer amor, y no para hacer daño. Gregorio Lop. interpretando la palabra *culpa*, que expresa la ley, dice en su *glosa* 5. que debe entenderse de toda *culpa*, de modo que comprehenda tambien la levísima, apoyado en el derecho Romano (2), que es su ídolo. No lo respetamos tanto; pero no dexamos de conocer, despues de haberle estudiado medianamente, que á excepcion de algunas escrupulosidades y formalidades de las que ya quitó muchas Justiniano, casi todas sus leyes contienen una excelente doctrina y buena moralidad.

16 Para que valga el mandato y produzca las obligaciones que acabamos de referir, es menester que no sea contra las buenas costumbres; pues si lo fuere, no vale ni aprovecha para cosa alguna, como si por exemplo mandaras á Pedro que robase, hiciera algun homicidio, ó incendiare alguna casa; y por ello aunque Pedro lo executara gastando en ello algun dinero, nada te podia pedir en su razon; pero tanto tú como él estariais obligados á las malas resultas de este impróbo cumplimiento, por ser los dos reos del delito. Por ser de esta misma clase, no valdria tampoco el mandamiento que hiciere un menor

(1) §. 6. *Inst. eod. junc. l.* 47. *de div. reg. jur.* (2) *L.* 13. *l.* 21. *C. mand. v. contr.*

de 25 años de que alguno saliese fiador de una barragana, ú otra mala muger, *l.* 25. *d. tit.* 12. (1).

17 En quanto á fenecer el mandato por la renunciacion ó por la muerte, no hemos hallado ley alguna nuestra que lo diga; aunque lo dixeron afirmativamente las Romanas (2). Solo encontramos, que Gregor. Lop. comentando aquellas palabras de *d. l.* 20. en que hablando del mandatario, dice simplemente sin añadidura alguna: *Tenudo es de cumplirlo*, quiere inferir que en España, ni aun estando las cosas enteras, podrá el mandatario renunciar. De la muerte decimos nosotros, que de las últimas palabras de la misma *l.* 20. *por facerles amor*, podrá decirse que al mandato se le considera personal, y de consiguiente no pasa á los herederos. El docto lector hará de estas dos especies el juicio que le pareciere mejor. Y advertimos últimamente, que por razon del objeto, se divide el mandato, en extrajudicial y en judicial; y que aqui solamente hemos hablado del primero, dexando el segundo para quando tratemos de lo perteneciente á los juicios en el *libro III.*

TITULO XVI.

DEL CONTRATO VERBAL,

Ó DE PALABRAS.

1. *Estado del derecho Romano en el contrato verbal.*
2. 3. *Se explica la famosa* l. 2. tit. 16. lib. 5. de la Rec. *á favor de las obligaciones.*
4. *Cómo se hace este contrato, y quiénes pueden hacerle.*
5. *De qué cosas no vale la promesa.*
6. *De la congruencia entre pregunta y respuesta.*

(1) §. 7. *Inst. cod. l.* 12. §. 1. *mand. vel con.* (2) §§. 10. *et* 11. *Inst. cod.*

7. 8. 9. *Se explican los tres modos de contraer esta obligacion.*

10. *Qué sucede quando hay dos reos de prometer ó de estipular.*

1 Fué muy famoso entre los Romanos el contrato verbal, al que con un solo nombre llamaron *estipulacion* (*stipulatio*) y para cuya legítima constitucion requirian al principio varias solemnidades escrupulosas: de las quales han quedado todavía algunas en el derecho reformado por Justiniano, aunque este y su antecesor Leon cuidaron de abolir las que les parecieron mas embarazosas. Las palabras formales y solemnes, que eran necesarias antes del Emperador Leon que las quitó, la hacian distinguir clarísimamente del nudo pacto; despues es difícil alguna vez de conocer, si la promesa queda en la clase de pacto, ó pasa á ser estipulacion, aunque siempre han quedado muchas diferencias en quanto á los efectos con la principal, que aquellos no producen accion, y esta sí.

2 Permítaseme esta digresion ó correría hácia el derecho Romano, para celebrar mas la dicha que tenemos en nuestra España, de no haber la menor diferencia entre un pacto sefario promisorio y la estipulacion; y todavía hay mas en la famosísima *l. 1. tit. 1. lib. 10. de la Nov. Rec.* cuyas palabras queremos notar aqui: *Pareciendo*, dice, *que alguno se quiso obligar á otro, por promision, ó por algun contrato, ó en otra manera, sea tenido de cumplir aquello que se obligó, y no pueda poner excepcion, que no fue hecha estipulacion, que quiere decir prometimiento con cierta solemnidad de derecho, ó que fue hecho el contrato ú obligacion entre ausentes, ó que no fue hecho ante Escribano publico, ó que fue hecha a otra persona privada á nombre de otros, ó entre ausentes, ó que se obligó alguno que daria otro, ó haria alguna cosa: mandamos que todavía vala dicha obligacion y contrato que fuere hecho en qualquiera manera que parezca que uno se quiso obligar á otro.* Esta *ley* cons-

tituye un modo de producir obligacion y accion tan desnudo de solemnidades, y distante de ser estipulacion, que ni aun es nudo pacto, como que consiste en que solo conste de la voluntad de quererse uno obligar, sin ser necesario para su valor que consienta otro, sin lo qual no puede haber pacto. La explica latamente Azev. y lo bastante con la solidez que acostumbra Covarrub. *lib.* 1. *var. cap.* 14. *n.* 3. probando, que si uno manifiesta querer dar, ú obligarse á dar á un ausente, vale desde luego la donacion ó promesa revocablemente hasta que el otro la sepa y acepte, y despues de la aceptacion irrevocablemente. Es pues un modo de producir obligacion anómalo ó extraordinario, que destruye muchos vestigios de las estipulaciones que se leen en el *tit.* 11. *P.* 5. que habla de las promisiones. Si le hubiéramos de referir á alguna clase de contratos, mas seria á la de los consensuales, que á la de los verbales. Sin embargo le ponemos en el título de estos, porque el fin principal de establecer *esta ley*, creemos fue el que se despreciase toda la escrupulosidad y solemnidad de palabras.

3 Y con este desprecio apenas se puede decir que tenemos en España contrato verbal, que no esté refundido en *d. l.* 2. y que por ello es en gran parte inútil, sin poder servir el citado *tit.* 11. *de la P.* 5. que consta de 40. leyes. El *tit.* 1. *del lib.* 45. *del Digesto Romano*, á quien corresponde, tiene 141. lo que hace ver lo mucho que degolló la referida *ley* 1. No obstante lo que llevamos dicho, no hay prohibicion ni reparo, que estando presentes, pregunte el uno al otro si le promete dar alguna cosa, ó hacerla por él, y responda que sí el preguntado: lo que sucede lo bastante, y en estos términos no puede negarse que hay un contrato verbal, llano y regular, *l.* 1. *d. tit.* 11. No quiso *d. l.* 1. destruir esto, quiso no hacerlo necesario, y purgar este contrato, quando se haga, de muchísimas escrupulosidades, que copiadas de las leyes Romanas fueron establecidas en el expresado *tit.* 11. *de la P.* 5. las quales deberán considerarse derogadas por *d.*

l. 1. en lo que no sean conformes á su sencillez y espíritu. Baxo de este supuesto, pasamos á hablar brevemente de él en quanto queda subsistente despues de *d. l.*

4 En este contrato, al que llaman las leyes de la Partida *promision*, *l.* 1. *d. tit.* 11. el uno pregunta al otro pidiendo que le dé ó haga por él alguna cosa, y este le responde otorgándoselo, quedando por ello obligado á cumplirlo. Pueden prometer todos los que no estan prohibidos, y para que se sepa los que lo estan, les refieren las *leyes* 4. 5. *y* 6. *d. tit.* 11. y son, el loco ó desmemoriado, el infante ó menor de siete años, el pupilo que es mayor de siete y menor de catorce, sino en quanto le sea útil la promesa, y en los mismos términos el mayor de 14. años, y menor de 25. que teniendo curador se quisiere obligar sin su consentimiento; pero si no tuviere curador, vale su promesa, bien que con sujecion á la restitucion *in integrum*; y en los propios términos que el pupilo, el pródigo ó desgastador de sus bienes. Ni puede tampoco prometer el padre á su hijo que tiene en su patria potestad, ni el hijo al tal padre, sino es en razon del peculio castrense ó quasi castrense. Exceptúanse las promesas de mejorar, al tenor de lo que diximos arriba *tit.* 6. *n.* 3.

5 No vale la promision de las cosas que estan fuera del comercio de los hombres, como son las que llamamamos de derecho divino; y en tanto está reprobada, que no valdria ni aun en el caso que despues se hicieren profanas, *l.* 22. *d. tit.* 11. (1). Ni vale tampoco la promesa de cosa que ni es, ni pudiese ser (2); ó de cosa cierta que fuese ya muerta, como de un caballo, sin que tenga el que la hizo obligacion de dar cosa alguna en razon de ella, *l.* 21. *d. tit.* 11. Mas si la matare sin justa causa, habria de pagar su importe, *l.* 19. *d. tit.* 11. Pero sí que vale la promesa de las cosas que aun no han nacido, como los frutos de este año, de tal cam-

(1) §. 2. *de inut. stipul.* (2) §. 1. *eod.*

po, ó el parto de tal caballería; y tendrá obligacion de cumplirla el promisor luego que la cosa nacida estuviere en estado de poderse dar. Y si nada naciere de la cosa que señaló, nada tendria obligacion de dar, salvo si hiciere alguna cosa maliciosamente porque no naciese, que entonces habria de pagar lo que importare por el engaño, *l.* 20. *d. tit.* 11.

6 Para que valga este contrato es preciso que haya congruencia ó conformidad entre la pregunta y la respuesta; porque sin convenir los que tratan en una misma cosa, es imposible que resulte contrato alguno. Por ello no le habria verbal, si preguntado Pedro si daba un buey, respondia que daba un caballo. Y lo mismo sucederia si siendo la pregunta pura, la respuesta fuese condicional, ó al contrario, aunque fuese de una misma cosa. Seria del todo inútil el contrato en estos dos casos, por ser total la incongruencia; pero si esta fué parcial, solo seria de ningun valor el contrato, en la parte en que hubiese incongruencia, y válido en la que habia congruencia; como si preguntado uno si queria dar 40. respondia que daba 10. ó al contrario, en cuyos casos valdria la promesa en 10. porque en esta cantidad los dos convenian; no en los de 30. de mas; porque en este exceso no estaban concordes; así lo dispone la *l.* 26. *d. tit.* 11. (1), y bien establecido, si la cosa se hubiese de mirar á la sombra del contrato verbal. Pero creemos que toda la doctrina de *esta ley* está corregida por la citada memorable 1. *tit.* 1. *lib* 10. *de la Nov. Rec.* segun la qual debe estar el promisor obligado á quanto le salió de la boca, y de este sentir es Antonio Gom. 2. *var. cap.* 9. *n.* 4. discrepando solo en el caso en que la incongruencia fuese en el modo de ser pura la pregunta, y la respuesta condicional, ó al contrario, de cuya discrepancia no hallamos razon sólida.

(2) §. 5. *Inst. de inut. stipul. l.* 1. §. 4. *de verb. oblig.*

7 Tres son los modos de constituirse este contrato, á saber, puramente, á dia cierto, y so condicion. Será pura la promision, quando en ella ni hay dia señalado ni condicion, como si preguntándote: *Me prometes* 10. *pesos*, respondieras: *Los prometo*: á dia cierto, si se le añadiera en la pregunta, como *el dia* 1. *de Enero*; y lo mismo seria si fuere cierto, que el dia habia de venir, sin poderse señalar el quándo, como lo es el dia de la muerte. Y por último so condicion, si estuviere puesta en la pregunta, como si Pedro te dixera: *Me prometes* 50. *pesos, si me casare*, *l.* 12. *d. tit.* 11. *P.* 5. Estos tres modos tienen tambien lugar en todos los otros contratos, en las donaciones, y en su manera en las obligaciones que produce la referida *l.* 2. sus efectos son dignos de saberse. Quando la promision es pura, pende del arbitrio del Juez señalar el dia en que debe cumplirla el que la hizo; y si fuese expresado el lugar en que el promisor la habia de cumplir, y maliciosamente no quisiere ir allá, habiendo pasado tanto tiempo que podia haber ido, le puede apremiar á que la cumpla donde la hizo, con los daños y menoscabos que recibió el otro, *l.* 13. *d. tit.* 11. Los Romanos en este caso, por falta de accion civil, tenian la pretoria *de eo quod certo loco*. Las promisiones á dia cierto señalado, y so condicion convienen en que no puede pedirse la cosa hasta que venga el dia, ó se cumpla la condicion. Convienen igualmente en que si muriere ántes de este tiempo uno de los contrayentes, quedan los efectos de la promision en sus herederos de la misma manera, que estaban en el que murió, *l.* 14. *d. tit.* 11. lo que sucede al contrario en los legados condicionales, porque segun diximos en el *lib.* 2. *tit.* 6. *n.* 19. muerto el legatario pendiente la condicion, no vale el legado, la razon de la diferencia se toma de la regla que sentamos *en el lib.* 2. *tit.* 15. *n.* 10. segun la *ley* 11. *tit.* 14. *P.* 3. á saber: *El que contrae*, *contrae para sí y para su heredero.* Los Romanos lo explicaban diciendo, que la esperanza de que hubiese deuda que adquiria el esti-

pulador la trasmitiria á su heredero (1). Pero los legados se dexan por el afecto que tiene el testador á la persona del legatario (2), y de ahí es, que se consideran personales. En lo demas hay algunas diferencias y particularidades entre las promisiones, condicionales, y á dia cierto, que deben explicarse con separacion.

8 Exâminemos pues primero lo perteneciente á las promisiones hechas á dia señalado, y despues hablaremos de las condicionales. Si alguno prometiere dar alguna cosa el dia primero del mes, sin expresar quál, se debe entender del mes primero que viniere despues de hecha la promision. Si dixere, que prometia 20. pesos cada año, no podria pedir el otro hasta el fin del año los pertenecientes á aquel año; pero si dixera, que los prometia en todos los años de su vida, se le podrian pedir al principio de cada año los de aquel año, *l.* 15. *d. tit.* 11. *P.* 5. Lo que se promete á dia cierto, que se sabe con seguridad que vendrá, aunque se ignore el quándo, qual es el dia de la muerte del promitente (ó qualquiera otro), si lo pagare este ántes de morir, no lo podria repetir; porque no podria dexar de venir el dia en que habria derecho de exîgirse, si no se hubiese pagado, *l.* 32. *tit.* 14. *d. P.* 5. que lo dice así hablando en términos de condicion: bien que si se lee con cuidado, se advierte fácilmente, que el decirse so condicion, fué hablando impropiamente atendiendo solo á la fórmula de las palabras; porque no puede haber condicion sin incertidumbre de si exîstirá ó no, la que no hay en el caso que propone; y con efecto en la parte primera de la *misma ley*, en que se habla de condicion propia, se dice lo contrario, como veremos luego.

9 En la promision condicional no hay deuda hasta que se cumpla la condicion; y de ahí es lo que acabamos de decir hallarse establecido en la primera parte de *d. l.* 32. que si uno paga lo que prometió so condicion

(1) §. 4. *hist. de verb. obl.* (2) *L.* 9. *pro soc.*

antes de haber existido esta, lo puede repetir; porque puede suceder, que no llegue á deberse. Es pues el efecto de la condicion suspender el valor de la promesa mientras hay incertidumbre de si existirá ó no. Si se cumple, queda entonces obligado el que prometió; y si consta ya haber faltado no vale la promision, *l.* 12. *al fin*, *d. tit.* 11. *P.* 5. como lo advertimos ya en el *tit.* 5. al *n.* 7. en el qual y *siguientes* hemos hablado tan latamente de las condiciones, que queriendo tenerlo aquí por repetido, solo nos queda que decir, para complemento de lo que tratamos, lo poco que se sigue.

10 Si alguno prometiere alguna cosa, y en el caso de no cumplir, cierta pena; estaria obligado á satisfacer lo uno ó lo otro, pasado el tiempo en que debió cumplirlo, sino es que hubiere prometido dar en tal caso ambas cosas; porque entonces deberia dar las dos. Y si al principio de esta promision pudiese una condicion de no hacer, diciendo: *Si no te diere ó hiciere tal cosa, te prometo dar* 100. *pesos*, no estaria obligado mientras viviere y existiere la cosa; porque hasta entonces lo pudo dar, y con ello evadir la obligacion de la promesa, *l.* 15. *d. tit.* 11. Cuya doctrina creemos entenderse generalmente en todas las promisiones de no hacer, tanto que se refieran al promisor como al estipulador, pues siempre deberá esperarse la muerte de aquel á quien se refiere la condicion, para que esta pueda decirse cumplida por ser general y aplicable á todas, la sólida razon en que se funda dicha *ley*, sin que tenga jamas lugar aquí la caucion llamada *Muciana*, que lo tiene en los legados, como lo hemos explicado en el *t.* 5. al *n.* 9.

11 Concluimos *este título* diciendo, que para haber dos reos de prometer, esto es, que los dos esten obligados *in solidum*, ó al todo de lo que prometieron, es menester, que lo expresen asi al tiempo de contraer la obligacion; porque si se obligaren simplemente por contrato ó de otra manera, se entienden obligados cada uno

por la mitad, *l.* 10. *tit.* 1. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* (1). Azev. en *el comentario de esta ley* prueba, que debe entenderse tanto de los fiadores como de los que se obligan, como principales; y que quando se obligaren *in solidum*, puede cada uno de ellos ser reconvenido por el todo, sin que pueda oponer la excepcion ó beneficio de la division, aunque ambos hubiesen presenciado la obligacion, siendo solventes. Y que no la necesitan para el caso en que se hubieren obligado simplemente; porque la *misma ley* quiere, que solo esten obligados por mitad; y de consiguiente bastará, que solo lo digan por via de defensa, que desde luego debe aquietar al acreedor y al Juez. Segun esta exposicion de Azev. que nos parece conforme, decimos estar corregida por *esta ley* la *l.* 16. *tit.* 12. *P.* 5. que habla de fiadores. Lo explicaremos en el *título siguiente*. Quando hay dos reos de estipular, esto es, á quienes se haya prometido todo, se debe todo á cada uno de ellos; pero pagándolo á uno solo se extingue la deuda; como tambien si hay dos reos de prometer, y solo uno lo paga todo (2). Pueden tambien constituirse dos reos en otro contrato ó en testamento.

TITULO XVII.

DE LAS FIADURAS.

Tit. 12. P. 5. tit. 11. lib. 10. de la Nov. Rec. (3).

1. *Qué sea fiadura, y quiénes pueden ser fiadores.*
2. 3. *De las fiaduras de las mugeres.*
4. 5. 6. *De los privilegios de los Labradores en quanto á fiaduras y otros asuntos.*

(1) *Authen. Hoc ita. C. de duobus reis.* (2) §. 1. *Inst de duob. reis.* (3) *Tit.* 21. *lib.* 3. *Inst.*

7. *Qué obligaciones admiten fiadores.*
8. *La obligacion del fiador es accesoria, y sus conseqüencias.*
9. 10. 11. *Privilegios de los fiadores.*
12. 13. 14. *Quándo se obliga el fiador: qué sucede quando paga: y qué si pretende libertarse de la fiadura.*

1 Seguimos el buen método del *Digesto Romano*, y del libro de las *Partidas*, en tratar de las fiaduras despues de haber hablado generalmente de las promisiones ú obligaciones verbales; porque aquellas se hacen tambien por promisiones, y con el fin de asegurar y fortalecer las obligaciones anteriores á que se refieren. Fiaduras ó fianzas son: *Obligaciones que hacen los hombres entre sí, para que las promisiones y posturas que hayan hecho sean mejor guardadas*, *pr. del tit.* 11. *P.* 5. cuya definicion manifiesta ser la fiadura obligacion accesoria de otra principal. Será pues fiador aquel que da su fé, y promete á otro dar ó hacer alguna cosa por mandado ó ruego de aquel que le mete en la fiadura, la qual es muy útil al que la recibe; porque está mas seguro que se le cumplirá lo que se le debe, quedando obligados á ello tanto el fiador como el deudor principal. Por lo regular pueden ser fiadores todos los que pueden hacer promisiones para obligarse por ellos; y lo mismo recibirles, *l.* 1. *d. tit.* 12. Pero no dexa de haber algunas excepciones y limaciones en quanto á lo primero que vamos á notar.

2 En primer lugar no pueden ser fiadores los Caballeros que reciben soldada del Rey, por estar en su servicio. Ni los Obispos, ni las mugeres, *l.* 2. *d. tit.* 12. bien que de estas pone la *siguiente ley* 3. varios casos en que pueden serlo, y son: I. Por la libertad (1). II. Por razon de la dote, esto es, si afianzase á favor de Pedro la dote que habia de haber de la muger con que casa-

(1) *L pen. últ. C. ad senat Vellejan.*

se (1). III. Quando sabedora y segura la muger de que no podia ni debia ser fiador lo fuere, renunciando por su voluntad, y desamparando el derecho que la ley le concede en esta razon. IV. Si habiendo entrado fiador por otro, dura en la fiadura hasta dos años, y desde allí adelante la ratifica ó renueva de alguna manera (2). V. Si recibiere precio por la fiadura que hiciese (3). Gregor. Lop. en la *glosa* 9. de esta *l.* 3. juzga ser mas probable, que la cantidad del precio se repute por el arbitrio del Juez. VI. Si vistiéndose la muger de hombre, ó haciendo creer de otra manera que lo era, la recibiese alguno por fiador, creyendo engañado que era varon; y es la razon, porque este favor no se les ha concedido para engañar, sino para que no sean engañadas por la simplicidad y flaqueza de su sexô (4).

3 VII. Quando hiciese la fiadura por su hecho propio ó utilidad, como si fuese fiador por aquel que le hubiese fiado á ella (5). VIII. y último: Quando entró fiador por alguno, y acaeciese despues de esto, que ha de heredar los bienes de aquel por quien fió. En qualquiera de estos ocho casos seria válida la fiadura de la muger, y tendria obligacion de cumplirla. Y adviértase sobre el caso VII. que la *l.* 3. *tit.* 11. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* establece, que las mugeres no pueden ser fiadores de sus maridos, aunque se diga y alegue que la deuda se convirtió en provecho de ellas. Y manda asimismo, que quando se obligaren á mancomun marido y muger en un contrato ó en diversos, que la muger no sea obligada á cosa alguna, salvo si se probare que se convirtió la tal deuda en provecho de ella; pues entonces prorata del dicho provecho será obligada; pero si lo que se convirtió en provecho de ella, fue en las cosas que el marido le era obligado á dar, así como en vestirla y darle de comer, y las otras cosas necesarias, manda que

(1) *L.* 12. *C. eod.* (2) *L.* 22. *eod.* (3) *L.* 23. *eod.* (4) *L.* 2. §. 3. *d. eod.* (5) *L.* 13. *eod.*

por eso no sea ella obligada á cosa alguna: queriendo que todo lo dicho se entienda, sino fuere la dicha fuerza y obligacion de mancomun por dinero de las rentas reales ó pechos ó derechos de ellas. Antonio Gomez 2. *var. cap.* 13. *nn.* 16. *y* 17. y en la *l.* 61. *de Toro*, que es la misma *l.* 3. *tit.* 11. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* exâmina algunas qüestioncillas que pueden suscitarse en este asunto.

4 La *l.* 16. *tit.* 31. *lib.* 11. *de la Nov. Rec.* manda, que los Labradores no puedan ser fiadores, sino entre sí mismos unos por otros, y que las fianzas que hicieron por otras personas, sean en sí ningunas: y que lo contenido en *d. l.* y la 15. del mismo *tit.* á favor de los Labradores no se pueda renunciar, ni valga la renunciacion que hicieren de ella. Los principales privilegios concedidos á los Labradores, que por sus personas ó criados y familia labraren, en dichas *leyes* 15. *y* 16. *d. tit.* 31. son los siguientes: I. Que no puedan ser executados por deuda que debieren de qualquier manera, en sus bueyes, mulas, ni otras bestias de arar, ni en los aperos ni aparejos que tuvieren para labrar, ni en sus sembrados ni barbechos en ningun tiempo del año: cuya exêncion concedida en *d. l.* 15. la extendió en quanto á sembrados la 16. al pan que cogieren de sus labores despues de segado, puesto en rastroxos ó en las eras, hasta que lo tengan entroxado; y entonces quando por alguna execucion se les hubiere de vender alguna parte del pan, no se les pueda tomar ni vender á menos precio de la tasa; y no habiendo comprador, se haga pago con ello al acreedor. Creemos que la palabra *pan*, de que usa *d. l.* 16. debe entenderse de todos los frutos seminales, por referirse á la otra *sembrados*, y ser la misma razon en todos. Tres casos exceptuan las *mismas leyes*; á saber, por los pechos y derechos debidos al Rey; ó por las rentas de las tierras del señor de la heredad; ó por lo que el tal señor les hubiere prestado ó socorrido para la dicha labor; y en estos tres casos quando no tuvieren otros bienes de que puedan ser pagadas dichas deudas: Y que en un par de bueyes, ú otras

bestias de arar, no pueden ser executados en los dichos tres casos, ni por otro alguno.

5 II. Que no puedan ser presos por deuda alguna que no descienda de delito: cuyos dos privilegios se les conceden con tanta gracia y benignidad, que si el Juez ó el executor contravinieren á ello, deben ser castigados, aquel con la suspension de su oficio por un año, y el acreedor que lo pidiere, por el mismo caso haya perdido y pierda la deuda, y el Labrador quede libre de ella. Dicha *ley* 15. quiso, que este segundo privilegio solo tuviese lugar en los seis meses últimos del año, pero la 28. lo extendió á todo el año, sino es que las deudas sean contraidas antes de ser Labrador.

6 III. Que por ninguna deuda que deban puedan renunciar su fuero, ni someterse á otro. En este particular pone *d. l.* 15. la excepcion de que puedan renunciar el fuero, sometiéndose al Corregidor Realengo mas cercano, y en los Lugares exîmidos al de la Cabeza de la jurisdiccion donde le exîmieron; pero la deroga expresamente la *citada l.* 16. confirmada en esto por *la nota* 7. *tit.* 19. *lib.* 7. *nota* 4. *tit.* 31. *lib.* 11. *de la Nov. Recop.* IV. Que no puedan obligarse como principales, ni como fiadores á favor de los señores de los Lugares en cuya jurisdiccion vivieren. Y que sean nulas las escrituras que otorgaren en contrario de este y demas privilegios concedidos á favor de los Labradores, sin embargo de qualesquiera renunciaciones que de ello hicieren; y que los Escribanos no den Lugar que ante ellos se otorgen, so pena que pierdan sus oficios y no puedan usar mas de ellos de allí adelante. V. Que no se les puedan tomar ni tomen ningunos carros, carretas ni bestias, sino fuera para el Real servicio ó necesidad pública, y entonces pagándoles primero de contado el alquiler que pareciere justo á la Justicia, segun el tiempo en que se les tomaren. Otros privilegios de menos uso sobre panadear, y no asistir á Guardas, ni otra gente de guerra, con trigo, cebada, ni otro mantenimiento, se pueden ver en *dichas leyes*. A ocasion de haber habido de hablar aquí sobre fianzas de Labradores, nos ha parecido referir

los otros privilegios que tienen, para que se encuentren unidos, con el ánimo de indicarlos remisivamente en los lugares donde corresponda.

7 No solamente la obligacion eficaz, natural y civil admite fiador, sino tambien la meramente natural, en cuyo caso aunque el deudor principal no pueda ser apremiado á cumplirla, podria serlo el fiador, *l.* 5 *d. tit.* 12. *P.* 5. (1). Las de los hijos de familia y menores, en que esto no tiene lugar, se pueden ver en el *tit.* 10. *n.* 10. donde las hemos notado. Por la *l.* 6. *d. tit.* 12. era menester formal promision ó estipulacion para contraerse la obligacion de fiadura; pero advierte muy bien Greg. Lop. en su *glos.* 1. estar corregido por la célebre *l.* 1. *tit.* 1. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* que hemos citado tantas veces. Puede un hombre entrar fiador por otro si quisiere, no solo quando se constituye la obligacion principal, sino tambien antes ó despues (2). Y asimismo hasta cierto tiempo, ó so condicion, *d. l.* 6. poniendo las fórmulas.

8 Como la obligacion de la fiadura es accesoria, no se puede extender mas que la principal, y no valdria en quanto es de mas, y este de mas puede ser un derecho de quatro maneras: I. En la cantidad, si debiendo 100. el deudor principal, entrase el fiador á obligarse en 120. en cuyo caso no valdria la fiadura en el exceso, esto es, en los 20. II. Quando el deudor principal es obligado á dar alguna cosa en lugar cierto, y el fiador se obliga á darla en otro mas grave. III. Quando el principal estaba obligado á dar la cosa en tiempo cierto, y el fiador entra en darla en mas breve tiempo. IV. Si el deudor era obligado á dar la cosa, so condicion, y el fiador se obligase á darla puramente sin condicion alguna: de suerte que en ninguno de estos tres últimos casos no valdria la fiadura, *l.* 7. *d. tit.* 12. (3).

9 Para que el acreedor pueda pedir la deuda al fiador, es menester que la pida antes al deudor principal, si se hallare en la Ciudad, y no pudiendo cobrarla de este, podrá

(1) §. 1. *Inst. de fidejus.* (2) §. 3. *eod.* (3) §. 5. *Inst. de fidejus.*

entónces demandarla al fiador. Y si acaeciese, que hallándose presente el fiador estuviese ausente el deudor, puede aquel pedir plazo al Juez, que le deberá dar, segun le pareciere, para poder llevar á la Ciudad al deudor; y si pasare el plazo sin llevarle, podrá ser precisado á la paga, *l.* 9. *d. tit.* 12. *P.* 5. Este beneficio del fiador se suele llamar de *órden*, por el que debe seguirse de reconvenir antes al deudor que al fiador; ó de *excusion*, porque para llegar el acreedor al fiador debe hacer antes excusion de los bienes del deudor, y verse por ella que no les hay, ó no son bastantes para satisfacer al acreedor. Dexa de tener lugar, quando el fiador lo renunció, y quando el deudor es notoriamente insolvente, y en otros casos ménos freqüentes que refiere y aprueba Gom. 2. *var. cap.* 13. *n.* 14. bien que fundado en solas leyes Romanas. En el dia apénas se ve escritura de fianza que no contenga esta renuncia.

10 En el caso en que fueren muchos los fiadores de un deudor, les concedieron dichas leyes Romanas otro famoso beneficio ó privilegio (1), llamado comunmente de *division*, en cuya virtud, oponiéndolo aquel de los fiadores que fuere reconvenido por toda la deuda, consigue que se divida la accion del acreedor, dirigiéndola contra sí solo prorata. Ant. Gom. en el *d. cap.* 13. *n.* 15. y Maymó en este *tit. n.* 12. pretenden, que esta doctrina que está tambien establecida en la *l.* 8. *d. tit.* 12. debe observarse en el dia; pero nos parece mejor la opinion de Azev. de que hicimos mencion al *n.* 11. *del título antecedente*, de suerte que atendida la *l.* 10. *tit.* 1. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* creemos, que ahora podrá quando mas tener lugar esta doctrina en el caso que los fiadores se hubiesen obligado expresamente *in solidum*: y aun para entonces tenemos por mas probable que no lo tiene; porque toda vez que despreciando el beneficio, de *d. l.* de quedar solamente obligados por la mitad, quando se obligaban simple-

(1) §. 4. *eod.*

mente, quisieron expresamente obligarse *in solidum*, parece fué su voluntad privarse de tener recurso alguno para intentar recobro contra sus compañeros; y que fué tambien esta la intencion del acreedor. Escogerá el prudente lector la opinion que le parezca mas conforme. Otro beneficio compete á los fiadores llamado *cesion de acciones*, por el qual pagando uno dellos fiadores toda la deuda al acreedor, puede pedirle que le ceda sus acciones contra sus compañeros, para demandar le satisfaga cada uno la porcion que le corresponda, *l.* 11. *d. tit.* 12. la qual explicándose mas en el asunto añade, que esto tendrá lugar quando el fiador pagare en nombre suyo; pero que si pagó á nombre del deudor, no podrá ya pedir la cesion; aunque puede conseguir del mismo deudor lo que por él hubiese pagado: cuya facultad tendrá tambien en el caso de haber pagado en nombre suyo, de modo que tendrá entonces la eleccion de reconvenir al deudor, ó hacer uso de la cesion contra los otros fiadores. Y añade ademas, que si pagó simplemente, sin expresar si lo hacia en nombre suyo, ó en el del deudor, se entenderá lo primero, si propone luego su demanda pidiendo la cesion: y lo segundo, si lo difiere. A esta cesion solemos llamar *carta de lasto*.

11 Si dos fiadores estuviesen obligados por mitad, por haber contraido la fiadura simplemente, y uno de ellos pagare toda la deuda, no podrá pretender la cesion de acciones para recobrar la mitad que pagó por el otro; porque si la pagó ignorando el beneficio de *d. l.* 10. la podrá repetir del acreedor como indebidamente pagada, y si lo hizo sabiéndolo, se juzgará que la quiso dar. Esto nos parece lo mas conforme á la sentencia de *d. l.* 10. que segun diximos explica latamente Azevedo.

12 Vale la fiadura no solo quando uno entra fiador por mandado expreso del deudor, sino tambien quando entrare por su voluntad delante del deudor sin mandado de este, y no contradiciéndolo; ó entrando por el deudor sin su sabiduría ó mandado, y quando lo entien-

de lo consiente y le place; ó finalmente si entra sin mandado sobre cosa que otro debe dar ó hacer, en cuya utilidad lo hace, aunque este no lo consienta. Y quanto pagare en alguno de estos casos el fiador por el deudor, debe este dárselo ó hacérselo cobrar, *l.* 12. *d. tit.* 12. (1), que en seguida pone tres casos de excepcion: I. Si paga el fiador la deuda con intencion de dársela al deudor, para nunca pedirsela. II. Si la fiadura es hecha por utilidad del mismo fiador. III. Si entró fiador contradiciendo el deudor. Si por mandamiento de Pedro entrases fiador por Juan que estaba ausente, sin habertelo mandado, y pagases algo por Juan de quien eras fiador, no se lo podrás demandar, lo deberás pedir á Pedro, por cuyo mandato hiciste la fiadura. Pero si quando la hacias estaba presente Juan, y no lo contradixo, ó la hacias en nombre suyo estando él ausente, y es en utilidad suya, tendrás la eleccion de pedirlo á Pedro ó á Juan, y los dos estarán obligados á pagartelo, *l.* 13. *d. tit.* 12.

13 Si reconvenido el fiador no quisiere oponer excepcion perentoria que tenia, y vencido pagare la deuda, no la podrá recobrar del deudor; porque se presume que lo hace engañosamente para hacerle perder su derecho. Pero si la excepcion que podia oponer solo era personal para sí ó para el deudor, bien lo podrá recobrar, *l.* 15. *d. tit.* 12. cuya doctrina en el caso de ser la excepcion personal para el deudor, la limita Greg. Lop. en la *glos* 10. al caso en que el fiador no pudo avisarle, para que hiciere uso de su excepcion; y en la 9. trabaja mucho en formar el caso. No impide al fiador el poder cobrar del deudor lo que pagó por él, haberlo pagado por su voluntad sin reconvencion judicial: pero si la deuda era á plazo, y la pagó ántes de venir este, habrá de esperar á que venga, *l.* 16. *d. tit.* 12. la que tambien expresa, que por la muerte del fiador pasan á sus herederos todos los

(1) *L.* 6. §. 2. *l.* 18. *l.* 20. §. 1. *mand. v. contr.*

efectos de la fiadura, lo que es general en todos los contratos, á excepcion de la compañía y mandato, por las razones especiales que en ellos concurren, segun lo manifestamos en su explicacion.

14 No puede el fiador pedir al Juez, que el deudor le liberte de la fiadura antes de pagar cosa alguna de la deuda, *l.* 14. *d. tit.* 12. que pone en seguida cinco casos de excepciones: I. Si fuere ya condenado á pagar toda la deuda ó parte de ella. II. Si dura ya mucho tiempo en la fianza, cuya tasa pertenece al arbitrio del Juez. III. Quando el fiador viendo que viene el plazo, quiere pagar para no caer en la pena que se puso, ni él, ni el deudor, y el acreedor rehusa admitir la paga, y entonces la deposita en buena parte ante testigos. IV. Quando se constituyó fiador hasta cierto dia, y este pasó ya. V. Quando el deudor empieza á desgastar sus bienes.

15 Queremos aqui al fin de este título advertir, que ademas de la caucion de fiadores de que acabamos de hablar, se reconocen en el derecho otras para asegurar la deuda al acreedor, cuales son la de peños ó prendas, que tienen lugar y se admiten en los casos de poder ó personería que refiere la ley 21. *tit.* 5. *P.* 3. y á esta clase pertenecen todas hipotecas y la juratoria por la que promete alguno con juramento que pagará ó hará lo que resultare deber pagar ó hacer. Esta se exîge quando el deudor no tiene bienes, y dice no encontrar fiadores debiéndoles dar, *l.* 41. *tit.* 2. *P.* 3.

TITULO XVIII.

DE LOS PEÑOS Ó PRENDAS.

Tit. 13. P. 5. y tit. 31. lib. 11. de la Nov. Rec. (1).

1 Adoptamos tambien aquí el buen método del *libro de las Partidas* en poner inmediatamente despues del *título de las fiaduras* el de los peños; porque no menos la obligacion de estos, que las de las fiaduras, es accesoria de otra obligacion principal, para cuya mayor

(1) *Tit. 1. lib. 20. Dig.*

seguridad se hace, *princ. del tit.* 13. *P.* 5. Peño, hablando con rigor y propiamente es: *Aquella cosa que un hombre empeña á otro, apoderándole de ella, y mayormente quando es mueble.* Mas segun el largo entendimiento de la ley, toda cosa sea mueble ó raiz, que sea empeñada á otro, puede ser dicha peño, aunque no fuese entregado de ella aquel á quien la empeñasen. Segun el modo regular de hablar, que tambien adoptan los Autores, quando la cosa empeñada no se entrega al acreedor, se llama *hipoteca*, y suele ser raiz, y quando se entrega, y suele ser mueble, *prenda*; y á este tenor hablaremos aquí quando nos parezca mas proporcionado. Se divide el peño en voluntario y necesarío ó judicial: tambien en expreso y tácito ó callado; y en general y singular ó particular. El voluntario se suele llamar tambien convencional, porque casi siempre se constituye por convencion de las partes; pero no hay impedimento de que se constituya por testamento, como si un testador legase á Pedro cien pesos ánuos, hipotecando para el pago sus bienes raices que dexaba á su heredero. Del judicial hablaremos mas adelante.

2 Peño general es, quando uno obliga los bienes que tiene y tendrá en lo sucesivo: de cuya generalidad solo se exceptuan aquellas cosas, que verosímilmente nadie quiere obligar, quales son las cosas de su casa que ha menester cada dia para el servicio de su cuerpo y de su compañía, así como su lecho y el de su muger, y la ropa y las cosas de su cocina que ha menester para el servicio de su comida, y las armas y el caballo de su cuerpo, y otras semejantes, *l.* 5. *d. tit.* 13. Especial es, quando uno obliga una sola cosa, ó algunas señaladamente, y entonces solo se extiende esta obligacion á las cosas señaladas, y se interna tanto en ellas este derecho del acreedor que le conserva, aunque la cosa mudare de estado, como si por exemplo fuese casa y se derribase, ó tierra calva y se plantase en ella majuelos ó árboles: y tiene tambien lugar en las mejoras y crecimientos, como si siendo tier-

ra al lado de un rio, se aumentase algo por la alubion: pero si el tal acreedor tuviese en su poder la cosa, lo debe restituir todo al deudor, pagándole este la deuda, y las despensas que hubiese hecho en esta razon, *l.* 15. *d. tit.* 13. Y alcanza el derecho de peños á los frutos de la cosa empeñada, enagenada despues por el que la empeñó en los términos siguientes: si el que empeñó su heredad la vendiese ó enagenase de otra manera, despues de haberla sembrado, estarán tambien obligados los frutos que sembrados antes nacieron despues: lo contrario seria, si el que la compró la sembrase siendo ya tenedor de ella, *l.* 16. *d. tit.* 13.

3 Los que han poder de enagenar la cosa, porque son dueños de ella la pueden empeñar á otro. Y aun aquellos que tienen algun derecho en las cosas aunque no tuviesen el señorío de ellas. Y tambien, si esperando alguno el señorío de alguna cosa la empeñase antes de tenerle, y despues de haberla empeñado le adquiriere, quedaria empeñada, como si la hubiere dado á peños despues que era ya dueño, *l.* 7. *d. tit.* 13. Gregor. Lop. en la *glosa* 2. dice sobre el caso de aquel que tiene derecho, que desde luego quedaria obligado este; y adquirida la cosa en virtud del derecho que obligó, lo estaria la cosa. Y en apoyo de esta su opinion hubiera podido citar la *ley* 18. *d. tit.* 13. que establece, que para poder el acreedor hacer uso de su derecho de peños ha de probar dos cosas. La una, que le empeñaron la cosa. La otra, que quien la empeñó era dueño á la sazon del empeñamiento; y probando esto, se le debe entregar la cosa empeñada que demanda: bien que el mismo Lop. en la *glos.* 1. *de d. ley* 18. dice, que el requisito del dominio, solo es necesario quando el acreedor quiere intentar la accion hipotecaria contra un tercer poseedor, y con efecto de él habla la *ley*; pero para intentarla contra el mismo que empeñó la cosa, le basta probar que este tal la poseia con buena fe al tiempo en que la empeñó.

4 Pueden ser dadas á peños las cosas que estan en el

comercio de los hombres, y aunque estuvieren todavía por nacer, como los partos de los ganados, y los frutos de los campos ó árboles, así que sean corporales, como incorporales. Y si estuvieren en poder del que las recibió á peños, los frutos y provechos que este percibiere de ellas, los debe descontar de lo que dió sobre la cosa empeñada; porque todos pertenecen al deudor, *l.* 2. *d. tit.* 13. Y es la razon, porque las cosas no se dan á peños para que las disfrute el que las recibe, sino para que le sirvan de seguridad para cobrar lo que se le debe *l.* 1. *d. tit.* 13. Y como en nuestra España estan justamente prohibidas las usuras, como verémos en su lugar, no admitimos el pacto llamado *anticreseos*, que admitieron las leyes Romanas (1), reducido á que gane el acreedor las usuras ó frutos de la cosa que hubiese recibido en peños, si así se pactare, el qual fué reprobado como á usurario en varios capítulos del derecho canónico (2). Pero sí que admiten nuestros Autores la doctrina del famoso *capítulo salubriter* 16. *de usur. de las Decretales de Gregor. IX.* de que el marido que sostiene las cargas del matrimonio, puede percibir y retener, sin imputar en la suerte ó capital, los frutos de los bienes que se le hubiesen dado á peños, en seguridad de la dote que habian de darle, como compensatorias de dichas cargas, como lo prueban bien Gomez en la *l.* 50 *de Toro n.* 30. Castill. *lib.* 3. *controv. n.* 23. y latísimamente el Señor Covarr. *var. cap.* 1. *n.* 3. recorriendo muchos casos. Las cosas que estan fuera de comercio, como las sagradas, religiosas, y el hombre libre, no pueden ser dadas á peños. Pero en quanto á dichas cosas véanse los casos de excepcion en que se pueden vender en el *tit.* 10. *n.* 11. y en los mismos es preciso digamos, que se pueden empeñar, *l.* 3. *d. tit.* 13. que menciona tambien esta excepcion. Por lo tocante al hombre libre, ponen asimismo excepcion en dos casos de suma necesidad las *leyes* 8. *y* 9. *tit.* 17. *P.* 4. Aunque el hombre libre no puede ser dado á

(1) L. 1. §. 3. *l.* 11. §. 1. *de usur.* (2) *Cap.* 1. *cum. seq. extra de usur. cap.* 4. *cap.* 6. *de pignor.*

peños, no hay impedimento para que pueda ser dado en rehenes, por razon de paz ó tregua, que firmasen algunos entre sí, ó por otra seguranza semejante á esta. Y aunque la convencion sobre que fué dado, no fuese guardada, con todo, no le deben matar ni herir ni darle pena ninguna, ni hacerle mal alguno. Podrán solamente tenerle guardado hasta que se cumpla el tiempo determinado, *d. l.* 3.

5 Tampoco puede ser dada á peños la cosa agena, sin mandado de aquel cuya es. Pero si despues lo supiere y consintiere su dueño, ó diere por firme; ó estando delante callare y no lo contradixere, valdria el empeñamiento, como si se hubiere hecho por su mandado, *l.* 9. *d. tit.* 13. Si despues de haber empeñado uno á Pedro alguna cosa, la empeñara á otro, sin sabiduría ni mandado de Pedro, no valdria el segundo empeño, sino es que la cosa valiese tanto, que bastase para pagar á los dos. Y si habiéndola empeñado por tanto quanto valia, la empeñase despues á otro, sin sabiduría ni mandado del primero, estaria obligado á dar otro peño al segundo, que valiese tanto como habia recibido de él. Y ademas de esto, le puede poner pena el Juez, segun su arbitrio, por el engaño que hizo. Y esto mismo debe ser guardado quando empeña cosa agena, no lo sabiendo aquel que la recibe en peños, *l.* 10. *d. tit.* 13. *P.* 5.

6 Hipoteca expresa es aquella que se manifiesta por las mismas palabras de los que la constituyen. Tácita ó callada, la que se constituye por la ley, ó bien apoyando la voluntad presunta de las partes, la que por eso llaman algunos *convencional*, ó bien sin atender á voluntad alguna, que por lo mismo suelen llamar puramente *legal*. De la primera de estas dos especies, es la que tiene el dueño de la casa arrendada en las cosas que se hallaren en ella, para asegurar la cobranza del arrendamiento, y los menoscabos que le hubiere ocasionado en ella el arrendador. Y lo mismo, si la cosa arrendada fuese campo, en las cosas que allí hubiere metido el arrendador, con

sola la diferencia de que en el campo es menester que las cosas hubiesen sido metidas con ciencia del dueño, la que no es necesaria en las casas, como lo hemos explicado con extension en el *tit.* 13. *n.* 7. con referencia á la *ley* 5. *tit.* 8. *P.* 5. que asi lo establece (1). Y de la misma especie es la que tiene el dueño de un campo que arrendó en los frutos que produxo, *l.* 6. *tit.* 11. *lib.* 10. *y ley* 15. *tit.* 31. *lib.* 11. *de la Nov. Rec. n.* 3. (2). Y la que tiene el legatario en los bienes del testador, *l.* 26. *d. tit.* 13. (3). Y últimamente la que compete al que prestó dinero para guarnir ó rehacer alguna nave, ó para hacer ó reparar alguna cosa ú otro edificio, en la nave, ó casa en que se hubiese empleado el dinero, *d. l.* 26. *v. E aun*, *d. tit.* 13. *P.* 5.

7 De la hipoteca meramente legal, que nace de la ley, sin respecto á la voluntad de las partes, hay tambien varias especies: I. La que tiene el fisco en los bienes de los que le deben tributos, y en los de aquellos que recogen los pechos del Rey, ó hacen arrendamiento ú otro convenio para recobrar sus derechos, *l.* 25. *d. tit.* 13. (4). II. La del pupilo en la cosa que otro le compró, hasta que haya cobrado todo su precio, *d. l.* 25. (5). III. La que tienen los menores en los bienes de sus guardadores, desde el dia que empezaron á usar su oficio, hasta que hayan dado las cuentas (6), *l.* 23. *d. tit.* 13. IV. La que tiene el marido para asegurar la cobranza de la dote que se le prometió en los bienes del que le hizo la promision, fuese su muger, ó fuese otro; y la que tiene la muger en los bienes de su marido por razon de la dote, ó bienes parafernales que recibió con ella, *d. l* 23. *l.* 17. *tit.* 11. *P.* 4. (7). V. La que compete

(1) *L. 4. in quib. caus pign. v. hipot. tac. const. L. 5. C. de locat.*
(2) *L. 7. d. tit in quib. caus.* (3) § 2. *Inst. de legat.* (4) *L. 1. C. in quib. caus. pign. L. 1. C. de priv. fisc.* (5) *L. 7. qui pot. in pign.*
(6) *L. 20. C. de admit. tut.*
(7) *L. un. §. 1. C. de rei uxor. act. l. ult. C. de pac. conv.*

á los hijos en los bienes de su madre, que casó segunda vez, por razon de las donaciones que le hizo su primer marido, padre de dichos hijos, á cuyo favor estan reservadas, *l.* 26. *d. tit.* 13. (1). VI. La que tienen los hijos en los bienes de su madre, que despues de haber sido su guardadora, siendo viuda, casa con otro, y en los de este otro su padrastro, hasta que diere cuentas, *d. l.* 26. (2). VII. La que tienen los hijos por razon de sus bienes maternos, en los de su padre fructuario de ellos que los administra; y si acaso los bienes del padre no fueren bastantes, podrán demandar los suyos á qualquiera que los tuviere, sino es que fueren herederos de su padre, *l.* 24. *d. tit.* 13. *P.* 5. El que empeña la escritura de compra de alguna cosa, se entiende empeñar la misma cosa *l.* 14. *d. tit.* 13.

8 Veamos ahora los derechos que tiene el acreedor en la cosa empeñada quando el peño es especial. Puede demandar al que se la empeñó ó á sus herederos que se la entreguen. Y si este, ántes de habérsela entregado, la diese, vendiese, empeñase ó enagenase de qualquier manera, entregándola á otro, debe aquel á quien se empeñó primeramente pedir al deudor todo lo que le habia dado sobre ella; y si lo pudiere cobrar debe dexar en paz al que la tiene. Pero si no lo pudiere conseguir de él, entónces puede pedir la cosa al que la tuviere, *d. l.* 14. *d. tit.* 13. de suerte, que el acreedor debe guardar en esto el mismo órden que contra el fiador, de haber de reconvenir primero al deudor que contraxo la obligacion. Pone en seguida *d. l.* 14. la excepcion en el caso que el deudor hubiese enagenado la cosa despues que el acreedor le movió pleyto sobre ella; en el qual tendrá el acreedor la eleccion de demandar la deuda al deudor, ó la cosa empeñada al que la tenia, segun mejor le pareciere. Si diste á Pedro en prenda un campo por 200. pesos que te prestó, y des-

(1) *L.* 6. §. 1. *C. de secund. nupt.* (2) *L.* 6. *C. in quib. caus. pign. v. hypot.*

pues contraxiste á su favor otra deuda de 100. sencilla, sin expresion alguna de peños, y le pagares los 200. tendria sin embargo derecho de retener tu campo hasta que le pagues los 100. Cuyo derecho tiene tan solamente contra tí y tus herederos: de manera, que si acaeciese que siendo en poder de Pedro el campo, le vendieses á otro, podria este pedir á Pedro que se lo entregara, pagándole solo los 200. pesos porque fué empeñado, sin poderlo Pedro resistir á título, que todavia se le debian los 100. *l.* 22. *d. tit.* 13. (1).

9 Si al tiempo de constituirse el peño pactasen el acreedor y el deudor, que si este no le redimia hasta cierto tiempo, pudiese aquel vender la cosa empeñada, la podrá vender pasando el término, en la manera convenida; pero deberá ántes hacerlo saber al deudor que la empeñó, si se hallase en el lugar; y si no le hallare á aquellos que encontrare en su casa. Y si el acreedor lo hiciere así, ó no lo pudiere hacer por alguna razon, puede proceder á hacer la venta públicamente en almoneda á buena fé y sin engaño, devolviendo al deudor las sobras del precio sobre el valor de la deuda, ó cobrando las faltas si las hubiere, *l.* 41. *d. tit.* 13. Si el empeñamiento se hubiese hecho sin expresarse tiempo de redencion, ni cosa alguna sobre venta de la cosa, y habiendo requirido el acreedor al deudor delante de hombres buenos que la redimiera, este no quiso redimirla, y hubiesen pasado 12. dias, si la cosa era mueble, ó 30. si fuere raiz, la puede vender dende alli adelante.

10 Y últimamente, si al empeñar la casa pactáron los contrayentes, que el acreedor no pudiese vender la prenda, podrá sin embargo venderla, si requiriere tres veces delante de buenos hombres al deudor que la libertára, y pasasen despues de ello dos años. Y tanto en este caso como en el antecedente, se debe tambien hacer la venta de buena fé en almoneda, *l.* 42. *d. tit.* 13. *P.* 5.

(1) *L. un. C. etiam ob chirograph.*

No puede el mismo acreedor comprar la prenda, sino es que lo hiciera con placer de su dueño. Pero si puesta en almoneda no se encontrare comprador, por miedo ó algun respeto á su dueño, podrá pedir al Juez que la otorgue por suya, y el Juez lo deberá hacer, atendiendo á la cantidad de la deuda y valor de la prenda, *l.* 44. *d. tit.* 13. Tiene facultad el acreedor de empeñar á otro la cosa que él hubiese recibido á peños; pero si sucediere que el deudor le pagase lo que le debia, podrá recobrarla del segundo á quien se empeñó, el qual tendrá derecho de exìgir del primero que le dé otro peño igual, ó que le pague lo que le debe, *l.* 35. *d. tit.* 13. Puede constituirse el peño, so condicion, ó á dia cierto, y entonces no tiene derecho el acreedor á que se le entregue la prenda hasta que se cumpla la condicion, ó venga el dia, sino es que el deudor se hubiese de ausentar, en cuyo caso le tendrá para que se le entregue, ó para que le dé seguridad de que se la entregará cumplida la condicion, ó venido el dia, *l.* 17. *d. tit.* 13.

11 Porque con freqüencia se mueven pleytos entre los acreedores, sobre quiénes deben ser preferidos á los otros, queremos exâminar este asunto con alguna extension, sin limitarnos á los hipotecarios de que hemos hablado, por considerar conducir á la mayor claridad y perfecto conocimiento el hablar de todo. Y advertimos ántes de entrar en esta discusion, que si alguno quiere vindicar ó pedir por derecho de dominio alguna cosa que estaba en poder del deudor, como, por exemplo, un caballo el que le depositó en poder de Pedro, es preferido á todos los acreedores de este en su razon, *ley* 9. *tit.* 3. *P.* 5. *al fin vers. Mas.* Pero si lo depositado fuese cosa que se suele contar, pesar ó medir, no tendrá esta prelacion el deponente, *d. l.* 9. cuya razon señala Greg. Lop. en su *glos.* 1. de que en este caso le falta el dominio, que pasa al depositario: lo que establece expresamente la *ley* 2. *d. tit.* 3.

12 Viniendo con este antecedente á los acreedores,

decimos que sus clases, que vamos á expresar, tienen prelacion las unas sobre las otras en el órden que las pondremos: y que quando concurren dos de una misma, es preferido regularmente el que tiene mas antiguo el derecho, *l.* 27. *d. tit.* 13. (1), que en seguida pone por via de excepcion un caso, que bien exâminado no lo es; porque el que allí se dice segundo, solo lo es en quanto á haber contraido despues: pero tuvo seguro el derecho de peños ántes del que trató primero, y de ahí nace la prioridad (2). Las leyes Romanas explicaban este derecho de prioridad por una regla muy concisa y hermosa: *Qui prior est tempore, potior est jure*; esto es: *El que es primero en el tiempo, es preferido en el derecho.* Los Intérpretes hacen cinco clases. En la I. colocan á los singularmente privilegiados. En la II. á los hipotecarios privilegiados. En la III. á los hipotecarios no privilegiados. En la IV. á los no hipotecarios privilegiados, que solo tienen privilegio meramente personal. Y en la V. á los no hipotecarios sencillos, que no tienen privilegio alguno, de los quales tenemos en España tres especies que pueden tambien formar clases subalternas de preferencia, como luego veremos.

13 A la primera clase pertenecen los que gastaron para enterrar al difunto, para recobrar las despensas que en ello hicieron: cuyo cobro le prefiere expresamente la *l.* 12. *tit.* 13. *P.* 1. á todas las deudas que debia el difunto, de qualquier manera que las debiese, con la prevencion, de que dichas despensas sean hechas mesuradamente, segun las circunstancias del difunto; y refiere qué cosas deben entenderse por estas despensas (3), añadiendo, que primero se hagan de bienes muebles del difunto, si les hubiere, y en su defecto de los inmuebles. Pero téngase presente, y acomódese aquî lo que sobre gastos de entierro diximos en *el tit.* 5. *n.* 18. y en el 6. *n.* 26.

(1) *L.* 2. *l.* 4. *es pasism. C. qui potior. in pig.* (2) *L.* 11. *D. qui pot. in pign.* (3) *L.* 14. §. 1. *l. pen. de relig. et sumpt. fun.*

Y son tambien de esta primera clase los acreedores á quienes se les debe pagar por razon de la faccion del testamento del difunto, inventarios ú otra diligencia semejante necesaria á formar el patrimonio para proceder á la paga de las deudas, *l.* 8. *tit.* 6. *P.* 6. que compara estos gastos con los del entierro (1), Gom. *in l.* 30. *Taur.* en donde añade deberse decir lo mismo de la que se gastó en la enfermedad del difunto.

14 Pertenecen á la II. clase los acreedores hipotecarios privilegiados, quales son: I. El fisco por lo que se le debe, y la muger en los bienes del marido por razon de su dote; *l.* 33. *d. tit.* 13. *P.* 5. (2). II. El que dió dinero para rehacer ó reparar una nave, casa ú otro edificio, ó para guarnecer la nave de armas ú otras cosas que fuesen menester, ó para dar de comer á los marineros ó gobernadores de ella, y con efecto se empleó en en ello el dinero; porque este en razon del derecho de hipoteca que tiene sobre la nave, ó bien expresa, ó aunque fuese tácita; es preferido al que tuviere de antemano empeñada la nave ó casa á su favor, *l.* 28. *d. tit.* 13. (3), que da la razon de esta preferencia, diciendo: *Porque con los dineros que él dió, fué guardada la cosa que se pudiera perder* (5). III. El huérfano en la cosa comprada con dinero suyo, respecto de otro acreedor hipotecario, á quien estuviere empeñada por el mismo que la compró por hipoteca general, *l.* 30. *d. tit.* 13. (4). IV. El que prestó dinero á Pedro, que tenia todos sus bienes hipotecados en hipoteca general á otro para comprar alguna cosa, con el pacto de que esta cosa le debia estar hipotecada; pues tendria el que prestó preferencia en la cosa comprada al hipotecario general, *d. l.* 30. (5). V. Los señores de las tierras en los frutos que producen para cobrar su renta ó arrendamiento en los que establece la *l.* 6. *tit.* 11. *lib.* 10.

(1) *L. ult.* §. 9. *C. de jur. deliber.* (2) *L. últ. C. qui potior in pign.* (3) *L.* 5. *qui potior in pign. l.* 6. *eod.* (4) *D. l.* 6.
(5) *L.* 7. *eod.*

y *ley* 15. *tit.* 31. *lib.* 11. *de la Nov. Rec.* que sean preferidos á los otros acreedores de qualquiera calidad que sean.

15 Los de esta II. clase ceden siempre á los de la primera, y así sucesivamente como hemos insinuado; pero si se moviere lucha entre dos de una de estas dos clases, no hay apoyos de leyes expresas, ni opinion generalmente recibida para decidirla. Diremos sin embargo algo, con sujecion como siempre, á los que pensaren mejor. Por lo tocante á la primera, que debe ser preferido á todos, el que solicita recobrar lo que gastó en el entierro del difunto; porque ademas de tener algun apoyo su prioridad en las muchas leyes que hablan de su privilegio, lo persuade así el estar establecido por la causa pública y de la religion, que tanto interesan que esten expeditos los medios de facilitar los entierros de los cadáveres.

16 Para los casos en que disputaren algunos de la II. clase, no encontramos tan buen apoyo para la decision; pero no dexan de dar alguna luz las palabras con que las leyes conceden el privilegio, y las razones que le han motivado. Con respecto á todo esto nos parece, que los dueños de las tierras deben ser preferidos en los frutos nacidos de ellas á qualquier otro privilegiado. Lo persuaden las palabras de la ley, y el considerar, que ni los dueños, ni los colonos ó arrendadores, debieron tener la intencion de que los frutos se hicieran de estos, sino por medio de la paga; y de consiguiente, que no habiéndose hecho esta, permanecen de algun modo en el dominio del dueño, y les detiene el colono como por depósito: lo cierto es, que estando pendientes, ántes de percibirse son del dueño de la tierra como parte de ella (1). Tambien nos inclinamos, que por lo tocante á nave ó casa, debe preferirse á todos el que dió dinero para su refaccion ó reparo, por la sólida y preferente razon que hemos manifestado, expresada en la citada *l.* 28. *d. tit.* 13. que le concede la prelacion.

(1) *L.* 44. *de reivinc.*

Del fisco y de la muger por razon de su dote, suele decirse, que corren á un mismo paso. Su privilegio consiste en tener preferencia á los acreedores hipotecarios que tienen á su favor hipoteca tácita anterior; pero no si esta fuese expresa, *d. l.* 33. *d. tit.* 13. Y se extiende á los descendientes de la muger, pero no á sus herederos extraños, aunque sí que les alcanza el derecho de hipoteca, como prueban *Greg. Lop. en la glos.* 6. *de d. l.* 33. *y Anton. Gom. en la l.* 50. *de Toro n.* 45. Si esta prelacion de la muger le compete tambien por razon de sus bienes parafernales, es qüestion no decidida en nuestras leyes. La comun opinion lo niega, Covar. 1. *var. cap.* 7. *n.* 1. Vela *disert.* 2. *n.* 64. En los casos que acabamos de referir, cesa la regla que hemos notado al *n.* 12. de tener preferencia el que tuviere el derecho mas antiguo; pero sí que tendrá lugar quando la competencia fuere entre herederos de personas de una misma especie. Si sucediere pues el caso de que habiendo tenido Pedro dos mugeres, solicitáran los herederos de ambas el cobro de su crédito dotal, tendrian preferencia los de la primera, *d. l.* 33. *tit.* 13. la que añade en seguida una excepcion digna de saberse, y es, que si en los bienes del marido fuesen halladas algunas cosas que fuesen primeramente de la segunda muger, estas tales en salvo deben fincar en ella, y á sus herederos; y prueba Greg. Lop. en la *glos.* 7. *d. l.* 33. deber entenderse tambien esta doctrina quando dichas cosas hubiesen sido dadas estimadas en estimacion que hizo venta No nos atrevemos á avanzar mas en asunto tan delicado, ni corresponde á un mero Institutista.

17 A la III. clase de acreedores pertenecen los hipotecarios no privilegiados, en la qual obra de lleno la famosa regla de ser preferido el que tiene el derecho mas antiguo, *l.* 27. *d. tit.* 13. que hemos citado arriba *n.* 12. explicando cómo debe entenderse con referencia á la regla, la que pone como limitacion, la que no consideramos contraria, ó excepcion. Ni lo es tampoco, aunque lo parezca á pri-

mera vista la *l.* 31. *d. tit.* 13. en quanto dice, que el acreedor que probare con escritura hecha por mano de Escribano público habérsele hipotecado alguna cosa, es preferido á otro que lo acreditase á su favor, por carta en que lo escribió por su mano misma el deudor, ó haciendo pacto de esta obligacion ante dos testigos, aunque esta obligacion fué anterior á la de la escritura pública. Porque si se mira con atencion esta decision, con lo restante de la ley se conoce fundarse, en que el escrito privado no está enteramente libre de sospecha, de que pudo ponerse su fecha con anterioridad al tiempo en que verdaderamente se hizo, cuya sospecha no puede caber contra la escritura pública.

18 Lo persuade tambien así la segunda parte de la *misma ley*, en que establece seria preferido al de la escritura pública el que tuviere á su favor el documento privado, si este fuese hecho por mano del deudor, y firmado con tres testigos que escribiesen en él sus nombres, con sus manos mismas; y da la razon Greg. Lop. en la *glos.* 8. *de d. l.* 31. de tener fuerza de instrumento público el documento ó carta con estas circunstancias: que es lo mismo que decir, que está tan libre de sospechas de fraude, como la escritura pública. Y con arreglo á esta doctrina prueba bien Covarr. *pract. quæst. cap.* 12. tratando latamente de este asunto, que siempre que constase plenamente, que la carta ó escritura privada era mas antigua que la pública, deberia ser preferida á esta. La *l.* 13. *d. tit.* 13. contiene una especie digna de notarse en este particular, y es, que si el Juez ha mandado dar alguna cosa en peños á Pedro, y antes que se le entregue la empeña su amo á otro en peño convencional, y se la entrega, es este preferido: cuya doctrina la pone como exemplo de una regla que establece; á saber: que los empeños que manda hacer el Juez no obligan hasta que se entregue la prenda, á diferencia de los convencionales, que son obligatorios luego que los otorgan las partes.

19 De la IV. clase de acreedores solo encontramos

uno en nuestras leyes, que es el deponente que dió en depósito cosas que se suelen contar, pesar ó medir, por cuento, peso ó medida, en cuyo caso pierde el dominio de ellas, como vimos arriba al *n.* 11. pero tiene en ellas privilegio de ser preferido á los demas acreedores que no sean hipotecarios, *l.* 9. *tit.* 3. *P.* 5. y en su *glos.* 3. Greg. Lop. La V. clase en que se coloca á los acreedores, que ni tienen hipoteca ni privilegio alguno, la tenemos subdividida en tres especies, órdenes ó clases, en la *ley* 5. *tit.* 24. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* Manda, que los acreedores que acreditan su crédito por escritura pública, sean preferidos á los otros. En segundo lugar, que los que prueban por documento privado escrito en el papel sellado que corresponde á su calidad y cantidad, tengan prelacion sobre los que solo apoyan su crédito en papel comun ú ordinario, que por esto estan en el órden tercero y último. En los que pertenecen al órden segundo, da lugar á la regla de prioridad que hemos explicado, allí: *Dandoles lugar entre sí mismos conforme á su antelacion.* Cuya regla, aunque no la expresa en los del órden primero, debemos creer ser su intencion, que se observase tambien en ellos; porque sobre no aparecer razon alguna de diferencia, tiene la equidad que es notoria.

20 Pero no creemos se deba observar en los del órden tercero; porque sobre no expresarse en la ley, dice con mucha razon la misma, que tales escritos estan sujetos á grandes fraudes por las antedatas y postdatas, y otros inconvenientes que en ellos se suelen hacer, por las quales aparecen mas antiguos de lo que son. Solo habla la ley de los acreedores quirografarios ó no hipotecarios; pero teniendo tanto lugar en los hipotecarios no privilegiados la citada regla, y pudiendo ocurrir en los escritos de sus obligaciones las mismas fraudes que quiso evitar, no dudamos en afirmar, que todo lo que acabamos de decir en quanto á los quirografarios, debe observarse en los hipotecarios no privilegiados.

21 Para concluir *este titulo*, solo falta que veamos

los modos por los que se extingue ó acaba la obligacion de peños. Como es accesoria, es preciso se acabe por todos aquellos que extinguen la principal, de los que tratarémos mas abaxo en el *tit.* 23. Y hay otros en que conservándose esta, se acaba ella por sí misma, y son: I. Si se pierde ó consume enteramente la prenda sin culpa del deudor segun aquel famoso axîoma: *Los deudores de cierta especie, por perecer esta, sin culpa suya se libertan* (1). Diximos *enteramente*; porque si quedare algo de la cosa, aunque hubiese mudado de estado, se conserva en lo que quedare, como vimos arriba al *n.* 2. (2). II. Por la remision ó condonacion del acreedor expresa ó tácita. En la expresa no hay dificultad. La tácita se entiende quando ocurre algun caso que la hace presumir y prueba: tal es si el acreedor restituyese al deudor la prenda ó la cautela de su derecho, por cuya restitucion se entenderia, que le remitia el derecho de peños, pero no la deuda, sino es que dixese manifiestamente que se la perdonaba, *l.* 40. *d. tit.* 13 (3). Por la prescripcion, si alguno poseyere la prenda con buena fe por espacio de 30. años, sin distinguir quál sea el poseedor, al tenor de lo que diximos de los censos en el *tit.* 14. *num.* 43. *y siguientes*: cuya doctrina puesta allí con extension, es enteramente aplicable al asunto de peños de que hablamos.

TITULO XIX.

DEL CONTRATO LITERAL, Y DE LOS REALES (4).

1. 2. 3. *De la obligacion literal.*
4. 5. 6. 7. 8. *Del contrato del mutuo, y de la prohibicion*

(1) *L.* 23. *de verb. oblig.* (2) *L.* 21. *de pig. act.* (3) *L.* 3. *de pact.* (4) *Lib.* 3. *Inst. tit.* 15. *y* 22.

de darse mutuo á los hijos de familia.
9. 10. *Del comodato.*
11. 12. 13. 14. 15. *Del depósito.*

1 Decimos contrato literal al que para su constitucion son necesarias letras ó escrito, y sucede: *Quando alguno ha entregado á otro algun escrito en que confiesa haber recibido de él en préstamo alguna cosa que no la ha recibido, y ha dexado pasar dos años sin reclamar que no se le ha prestado.* Así lo explica la *l. 9. tit.* 1. *P.* 5. que es la única de las nuestras que habla de este asunto. Usa de la palabra *cosa*, pero prueba bien Greg. Lop. en su *glos.* 1. que debe ser de aquellas que constan de peso, número y medida, y lo convence la misma ley, que mas adelante habla siempre de maravedís. Dentro de dos años puede el que entregó el escrito impedir que se forme ó perficione este contrato, sin estar él obligado, ó bien oponiendo la excepcion de no habérsele entregado el dinero, si se le pide de justicia, ó protestar el no entrego, aunque no se le pida; y en su conseqüencia, que se le devuelva el escrito ó vale suyo, que tiene el que se titula acreedor. Si los dexa pasar sin valerse de alguno de estos remedios, estará obligado á pagar el dinero, como si le hubiese recibido; porque recibe toda su perfeccion el contrato, que es obligatorio como todos los demas.

2 Pero para estarlo antes de cumplirse los dos años, es menester que pruebe el que tiene el vale, que con efecto le entregó el dinero; y entónces ya seria contrato de mutuo, ó préstamo y no literal. La razon de no tener el que firmó el vale la obligacion de probar su excepcion quando la pone, es por tener á su favor la presuncion de que no se le habia entregado el dinero quando le firmó, como lo indican las palabras primeras de la *ley*, y lo acredita cada dia la experiencia: á esto obliga la indigencia á los que solicitan prestamos. Si renunciare dicha excepcion no la podrá oponer, y habrá de pagar aunque la renun-

cia esté hecha en el mismo escrito, *d. l.* 9. que establece quanto llevamos dicho. La circunstancia de servir la renuncia quando se hace en el mismo vale, no dexa de tener algunos inconvenientes; porque los pobres en aquel lance firman la renuncia con la misma facilidad que el préstamo, ó por decirlo mejor, todo lo abonan baxo una sola firma. El Señor Covar. exâminando con su ordinaria solidez y bastante extension esta renuncia, 2. *var. cap.* 4. *n.* 3. dice: ser muy freqüente su uso en España, y que quando se hiciere debe entenderse de modo, que no pueda el renunciante oponer la excepcion, transfiriendo á su adversario la obligacion de probar el entrego; y que al contrario sería, queriendo tomar sobre sí la de no haberlo habido. Y añade y funda, que la partícula *si* de que usa nuestra *ley*, quando habla de esta renuncia, no contiene condicion; porque tambien vale, y con mas razon la renuncia hecha en otro papel.

3 El haber establecido la *ley* 4. *tit.* 28. *lib.* 11. *de la Nov. Rec.* que los vales reconocidos por los que les hicieron ante Juez competente, traigan aparejada execucion, ha dado ocasion á nuestros Intérpretes para disputar, si despues de ella queda excluida la referida excepcion, quando el que firmó el vale, le reconoce delante del Juez ó su Escribano. Nos parece mas probable la opinion que lo niega; porque sobre nacer la excepcion del tenor del mismo vale, tiene tambien lugar contra los instrumentos guarenticios, como lo prueba Gom. 2. *var. cap.* 6. *n.* 3. y Molina *de just. et jur. disp.* 302. á los quales compara dicha *ley* los vales reconocidos. Pero si el que reconoció el vale, reconociese tambien ser cierta la deuda que expresaba, no habia lugar á la excepcion, por faltar la presuncion de que no hubo entrego, en que se funda.

4 Los contratos reales, de que vamos á tratar, llamados asi, porque necesitan para su constitucion, que se entregue alguna cosa, que en latin se dice *res*, son tres, mutuo, comodato, depósito, pues aunque en las Instituciones Romanas se cuenta tambien por tal, como lo es el

de peños, quando la prenda se entrega al acreedor, le omitimos aqui, por haber tratado de él completamente en el *título antecedente*. El *tit.* 1. *de la P.* 5. que habla del primero de estos tres contratos, tiene la inscripcion: *de los empréstitos*, y dice su *ley* 1. que: *Empréstamo es una manera de pleyto (contrato) que hacen los omes entre sí, emprestando los unos á los otros de lo suyo, quando lo han menester*; y en seguida le divide en dos especies, que describe, diciendo ser la una la que llaman en latin *mutuum*, y la otra *commodatum*. Y respecto que estos nombres se han castellanizado por el uso; y que valiéndonos de ellos, se hablará con mas separacion y claridad de cada uno de estos dos contratos, los explicarémos baxo de estos nombres. Decimos pues, que mutuo es: *Contrato por el qual se da á alguno cosa que se acostumbra contar, pesar ó medir, con obligacion de restituir otro tanto.* Por él pasa su dominio al mutuatario que la recibe, *l.* 1. *d. tit.* 1. *P.* 5. (1). De ello se infieren dos cosas. La una, que si se pierde, aunque sea sin culpa suya, por fuego ó qualquier otra aventura, se pierde para él, *l.* 10. *tit.* 1. (2), y puede hacer de ella lo que quisiere, *l.* 2. *tit.* 1. y la otra, que solo puede dar en mutuo el que fuere dueño de las cosas que da, ú otro por su mandado, *d. l.* 2.

5 Se puede dar no solo á las personas particulares, sino tambien á los Reyes, á las Iglesias, Ciudades ó Villas, y á los que fueren menores de 25 años. Quando asi sucediere, es menester para que valga el mutuo, que pruebe quien le dió haberse convertido en utilidad de quien lo recibió, sino es que el mensagero que lo recibió de cuenta del Rey, enseñara carta del Rey para recibirlo, en cuyo caso no seria necesaria dicha prueba, *l.* 3. *d. tit.* 1. En quanto á los préstamos que se hacen á los hijos de familia, sin mandado del padre en cuyo poder estan, adopta con mucha razon la *ley* 4. *de d. tit.* 1. (3) la doctrina del ce-

(1) *Princ. Inst. quib. mod. re con. obl.* (2) *L.* 1. §. 4. *de obl. et act.* (3) *L.* 1. *de senat. Maced.*

lebérrimo Senadoconsulto Macedoniano de los Romanos, tan provechoso para que no se corrompa la juventud. Manda pues, que si tal hijo hubiere tomado mutuo de otro sin mandado de su padre, no esté tenido á la paga ni él ni su padre ni el fiador, si lo hubiere dado.

6 Pero hay algunos casos de excepcion expresados en *d. l.* 4. y las dos siguientes: I. Si preguntado el hijo quando tomaba el préstamo, si tenia padre en cuyo poder estuviere, respondió que no (1). II. Quando tuviere públicamente algun oficio del Rey, otro señor, ó algun consejo, ó fuese menestral de qualquier menester, ó tuviese y usase de tienda de mercancía, como hombre que no está en poder de otro (2). III. Si fuere caballero, esto es, soldado: lo que entiende Greg. Lop. en la *glos.* 11. *de d. l.* 4. del peculio castrense (3), *d. l.* 4. IV. Si empleare lo que recibió en utilidad del padre, en cuyo poder está, *l.* 5. *d. tit.* 1. (4). V. Si toma el mutuo con mandado ó sabiduría de su padre, que estando delante lo consiente, ó estando ausente se lo envia á decir por carta ó de otra manera, y este lo otorga, ó si paga despues alguna partida de la deuda, estan obligados al préstamo el que lo sacó, ó aquel en cuyo poder está. Y lo mismo si hiciere dicha paga el mismo que recibió el mutuo, siendo de edad cumplida, despues que salió de la patria potestad, *l.* 6. *d. tit.* 1. (5). VI. Si habiendo ido el tal hijo á alguna mandadería ó escuela tomare algun prestado, está obligado el que le tiene en su poder á pagar hasta aquella cantidad á lo menos que pudiera haber gastado en comer, vestir y otras cosas que le hubieren sido necesarias estando en su poder y casa: como tambien quanto juzgase que le podia costar el alquiler de la casa, y lo que habian de dar á su maestro, y expender en otras cosas que serian menester por razon de su estudio, *d. l.* 6. *d. tit.* 1. (6). Si teniendo algun mercader tienda de vendería pusiese en ella en su lugar á otro

(1) *L.* 1. *C. eod.* (2) *L.* 3. *D. eod.* (3) *L.* 1. §. *últ. eod.*
(4) *L.* 17. *eod.* (5) *L.* 7. §§. 15. *et* 16. *eod.* (6) *D. l.* 7. §. 13.

que no estuviese en su poder, y este tal tomase algo en mutuo por mandado del mercader, ó lo metiese en su pro ó utilidad, no estaria obligado á pagarlo sino el mercader: lo contrario seria si lo tomase sin mandado ni utilidad del mercader, *l.* 7. *d. tit.* 1.

7 Solo se pueden dar en mutuo, segun la definicion de este contrato puesta arriba *n.* 4. aquellas cosas que se acostumbran contar, pesar, ó medir, esto es, que de este modo estan en el comercio de los hombres, como dinero, trigo, vino, aceyte. Y el que asi lo recibe está obligado no á restituir las mismas cosas, porque puede consumirlas, y hacer de ellas lo que quisiere, como hemos visto; sino otro tanto tal, esto es, del mismo género ó especie, y de tan buena calidad como lo que se le prestó, aunque nada de esto se hubiese dicho al tiempo que se dió, *l.* 2. *d. tit.* 1. (1) Y si entónces se señaló el tiempo, en él debe restituirse; y no habiéndolo señalado, á voluntad del mutuante, 10. dias despues que fue hecho el préstamo, *d. l.* 2. en cuya *glos.* 7. dice Gregor. Lop. deberse entender estos 10. dias, con tal que el acreedor lo hubiese pedido. Tambien en quanto al lugar se debe hacer la restitucion en él señalado, si lo hubiere. Y si el deudor no tuviere de aquel género, deberá dar al acreedor tanto precio quanto montare el valor de lo que se le prestó en el dia y lugar en que debia darlo. Y si no hubiere señalado dia ni lugar, deberá estimarse el valor, segun fuere en el lugar en que se demanda, y tiempo en que se le pide en juicio, *l.* 8. *d. tit.* 1. Si el deudor fuese moroso en no pagar al tiempo que debe, ha de pagar la pena que fuese puesta, y no habiéndola los daños y menoscabos que causó al acreedor, *l.* 10. *d. tit.* 1. (2). Que se haya de volver el mismo género es circunstancia esencial de este contrato, y que sea de la misma calidad natural. Véase lo que diximos *tit.* 10. *n.* 37.

8 El que quisiere enterarse de lo establecido sobre re-

(1) *L.* 2. *de reb. cred.* (2) *L.* 22. *eod.*

duccion de monedas, trueco de ellas, con su precio, pagando las que se debieren de una calidad en otra, puede ver *el tit.* 17. *lib.* 9. *y la ley* 19. *tit.* 1. *lib.* 10. *de la Nov. Rec. y sus notas.* Y puede tambien leer á Retes *l.* 7. *opuscul.* y á Larrea *decis.* 24.

9 El segundo contrato real es el comodato, que es: *Préstamo que hace uno á otro, como de caballos ú otra cosa semejante, de que se debe aprovechar el que recibe, hasta tiempo, ó para cierto uso*, y esto se entiende quando lo hace por gracia ó por amor, no tomando el que lo da por ello precio de alquiler, ú otra cosa alguna. Y pueden dar y recibir en comodato las mismas personas que pueden dar y recibir mutuo, de las quales en los *nn.* 4. *y* 5. hemos hablado, *l.* 1. *tit.* 2. *P.* 5. Entre este contrato y el mutuo hay dos diferencias capitales, quales son, que la materia del mutuo son las cosas que se acostumbran contar, pesar ó medir, y por él pasa el dominio de estas cosas al que las recibe; y en el comodato es todo lo contrario, *l.* 1. *tit.* 1. *d. P.* 5. (1); y de ellas dependen otras subalternas, como son, que el comodatario, pasado el tiempo ó uso para el qual se le entregó la cosa, la debe restituir, *l.* 9. *d. tit.* 2. y que si pereciere sin culpa suya por aventura, queda libre de restituir ó pagar cosa alguna, *l.* 3. *d. tit.* 2. lo que no sucede así en el mutuo, como hemos visto. En quanto á la última de estas diferencias, debemos advertir, que hay en *d. l.* 3. tres casos de excepcion; en los quales queda obligado el comodatario, habiéndose perdido ó perecido la cosa por aventura ó caso fortuito: I. Si pereció por culpa suya, dando á la cosa otro uso del que se le habia concedido (2). II. Si fué moroso en restituirla, reteniéndola contra la voluntad de su dueño, despues de pasado el tiempo señalado (3). III. Si se conviene con el comodante, que le pagará los daños ó perjuicios ocasionados por las aventuras, con arreglo á lo que diximos en el *tit.* 10. *n.* 38. (4).

(1) §. 2. *init. quib. mod. re cont. obl.* (2) *L.* 18. *com. v. con.*
(3) *L.* 82. § 1. *verb. oblig.* (4) *L.* 23. *de div. reg. jur.*

Aunque regularmente se da la cosa en comodato, por sola la utilidad del que la recibe, se puede tambien dar por utilidad de ambos contrayentes, y aun por la del que da tan solamente; y segun fuere deberá prestar el comodatario, en el caso de perderse ó deteriorarse, la culpa levísima en el primer caso, la leve en el segundo, y la lata solamente en el tercero, *l.* 2. *d. tit.* 2. que lo ilustra con exemplos, al tenor todo de las reglas que hemos notado en *d. tit.* 10. *n.* 38.

10 El comodante está obligado á dar la cosa sin vicio, y si le tiene y no lo manifestare sabiéndolo, debe pagar al comodatario todo el daño que por esta razon le viniere, *l.* 6. *d. tit.* 2. (1), que pone el exemplo en uno que prestó cuba ó tinaja para tener vino ó aceyte, que estaba quebrantada, ó tan inficionada, que lo puesto en ella se perdiere ó tomase mal sabor. El locador paga este daño por el vicio de la cuba, aunque le ignorase, como vimos al *tit.* 13. *n.* 5. El comodatario por su parte debe restituir la cosa al comodante luego que pasó el tiempo ó uso para que la recibió. Y si fuere bestia, darle de comer de lo suyo, y gastar lo demas que fuere necesario mientras se sirviere de ella. Pero si enfermare sin culpa suya, pagará su dueño, y no él lo que se hubiese gastado en medicinas, y satisfacer al maestro que puso su trabajo en curarla, *l.* 7. *d. tit.* 2. (2). Y no puede retener la cosa á título de deuda que le debiere el comodante, salvo si esta fuere contraida por beneficio y razon de la misma cosa; y despues que se le prestó, y no ántes, en cuyo solo caso la podrá retener, siendo las expensas que hubiese hecho de aquellas que en derecho las puede pedir, *l. últ. d. tit.* 2. esto es, las necesarias. Si durante el comodato muriese el comodatario dexando varios herederos, deberá restituir la cosa el que la tuviere en su poder. Y si habiéndose perdido quedare en ello obligacion, deberá pagarse por todos. *l.* 5. *d.*

(1) *L.* 17. §. 3. *l.* 18. §. 3. *com. v. cont.* (2) *D. l.* 18, §. 2.

tit. 2. Si el comodatario perdió la cosa, y habiéndola pagado la hallare el comodante, tendrá este la eleccion de retener la cosa, y tornar el precio que tomó por ella, ó conservar el precio, y entregar la cosa al comodatario; pero si el que la halló fuere un tercero, se la podrá demandar él mismo, puesto que la pagó, *l.* 8. *d. tit.* 2.

11 El tercer contrato real que nos falta que explicar es el depósito, el que las leyes *de las Partidas* llaman *condesijo*, cuyo nombre derivado del verbo *condesar*, que significa poner en custodia ó guarda, en el dia ya no está en uso, y es: *Contrato, por el qual da un hombre á otro su cosa en guarda, fiándose de él*, *l.* 1. *tit.* 3. *P.* 5. (1). Y puede esto hacerse en tres maneras: I. Quando estando uno sin cuidado especial alguno, ó sin turbulencia ó alteracion da á otro en guarda sus cosas. II. Quando estando en alteracion ó turbulencia, porque se quema ó cae la casa en que tenia sus cosas, ó quebranta la nave en que las llevaba, las diere en guarda para libertarlas del peligro, al que suelen llamar *miserable*, y así le llamamos á diferencia del otro que decimos sencillo ú ordinario. III. Quando algunos hombres entienden en razon de alguna cosa, y la meten en mano de un fiel, encomendando que la guarde hasta que la contienda sea librada en juicio, *d. l.* 1. Esta se llama *sequestracion*, y hablaremos de ella mas adelante, al tratar de los juicios.

12 Se pueden dar en depósito todas las cosas de qualquier manera que fueren; pero regularmente usan mas dar las muebles que de las otras, y entonces se dice propiamente depósito, quando no se recibe precio ni galardon por guardarle; pues si se da ó promete algo señalado sería logüero, *l.* 2. *d. tit.* 3. bien que está en uso llamarse tambien depósito la guarda que se hace por paga, y quien así lo recibe esta mas tenido que el otro.

(1) *L.* 1. *in pr. et* § 8. *depos. vel cont.*

Ni el dominio ni la posesion de las cosas que se dan en depósito pasan al que las recibe, á excepcion que fueren de las que se suelen contar, pesar ó medir, y se dieren por cuento, peso ó medida, en cuyo caso, como ya diximos, *tit.* 18. *n.* 11. pasaria el dominio al que así las recibe, con la obligacion de volverlas, ó dar otro tanto, y tal como el que recibió, *d. l.* 2. sacada de una ley Romana (1), que tambien lo estableció así, y ha dado tanto que hacer á sus Intérpretes, como puede verse en *nuestro Digesto lib.* 16. *tit.* 3. *nn.* 3. *y* 4. los quales le llaman con razon depósito *irregular*, porque lo es en muchas cosas, como aparece desde luego.

13 Qualquiera que tenga las cosas en su poder, las puede dar en depósito á todo hombre; sea lego, Clérigo ó Religioso, y el que las recibe es tenido á guardarlas bien y lealmenre, de manera que no se pierdan ni empeoren por su culpa ó engaño. Que debe prestar el engaño y la culpa lata es claro; porque segun diximos en el *tit.* 10. *n.* 38. se prestan en todos los contratos. Pero la regla que allí hemos notado, le exîme de la prestacion de la culpa leve; porque en este contrato toda la utilidad es del que da, *l.* 3. *d. tit.* 3. *P.* 5. la que pone tres excepciones: I. Quando lo pactasen así los contrayentes. II. Quando el depositario solicitó el depósito. III. Quando el depositario recibe paga: se acomodó en esta última al uso de llamar á este depositario que no lo es, hablando propia y rigurosamente, como vimos arriba al *n.* 12. No estando obligado á prestar la culpa leve, lo está mucho menos á la levísima, y ocasion ó caso fortuito, *l.* 4. *tit.* 3. la qual pone tambien quatro casos de excepcion. De estos los tres primeros son los mismos de especial convencion, mora ó tardanza, y culpa, que tambien hemos expresado en el comodatario arriba *n.* 9. Y el quarto quando el depósito fué hecho principalmente por utilidad del que le recibe. Parece que en este ca-

(1) *L.* 24. *l.* 25. §. 1. *cod.*

so solo deberia estar tenido á la culpa levísima como el comodatario, y no al caso fortuito; pero la ley así está escrita.

14 El depositario debe restituir la cosa al que se la dió en guarda, ó á sus herederos, á qualesquier tiempo que se pida, sin poderla retener por razon de compensacion ó deuda que le debiere el deponente: ni aun por razon de las expensas que en ella hubiese hecho, y la deberá restituir con los frutos, rentas y mejorías que saliesen de ella, pidiendo separadamente lo que le debiere, *l. 5. l. ult. d. tit.* 3. (1). Y en la 6. *del mismo tit.* se ponen quatro casos en que el depositario no debe restituir la cosa: I. Si esta fuese espada ú otra arma, y el que la depositó se hiciere loco, no se la deberá restituir mientras estuviere en su locura el que la dió. II. Quando el deponente es desterrado, y el Rey mandó confiscarle todos sus bienes, en cuyo caso todo lo que él tenia es pàra el Rey (2). III. Si concurrieren á pedir la cosa un ladron que la depositó; y otro que dice ser suya: entonces se devolverá á este si lo probare y no al ladron (3). IV. Si una cosa que fué hurtada á Pedro, se le diere en depósito, y él conociese ser suya, no tendrá obligacion de restituirla al que la depositó. Si la cosa fuese depositada en una Iglesia ó Monasterio, con otorgamiento y mandado del Prelado y Cabildo, tenidos son á tornarla de la misma manera que si la hubiese recibido qualquiera hombre; y lo mismo seria si estuviesen delante el Prelado ó Cabildo, y callasen y no lo contradixesen. Pero si se dexase la cosa en guarda de uno de ellos, esto es, de la Iglesia ó Cabildo tan solamente, no sabiéndolo los otros, solo aquel estará obligado, y no el Prelado ó Cabildo, salvo si la cosa fuera dada ó expendida en utilidad de la Iglesia, porque entonces estarán todos obligados, *l. 7. d. tit.* 3.

(1) *L.* 10. § 24 *depos. v. cont.* (2) *L.* 31. *eod.*
(3) *D. l.* 31. §. 1.

15 Si el depositario negare el depósito, y le fuere probado en juicio, se hace infame, y debe ser condenado á volver la cosa, ó su estimacion con las costas y menoscabos y perjuicios que hubiese tenido el deponente por esta razon, segun el juramento de este, tasado por el Juez; pero no deberá pagarle los daños por lo que dexó de ganar, *l.* 8. *d. tit.* 3. Si el depósito fuese miserable, debe pagar el que negó y le fué probado, la estimacion doblada por la gran maldad de la negacion en las circunstancias de los depósitos de esta clase, *d. l.* 8. (1).

TITULO XX.

DE LAS DONACIONES.

Tit. 4. P. 5. y tit. 7. lib. 10. de la Nov. Rec. (2).

1. *Se explican las dos especies de donaciones entre vivos, y por causa de muerte: y quiénes pueden hacerlas ó no hacerlas.*
2. *Modos en que pueden hacerse las donaciones.*
3. 4. *Tasa dè las donaciones.*
5. 6. *De las donaciones entre vivos, y quándo pueden revocarse.*
7. 8. *De las que se hacen por causa de la muerte.*

1 Seguimos el método del *libro de las siete Partidas* en tratar de las donaciones, despues de los tres contratos de que acabamos de hablar, bien fundado allí en el *principio de este título*; porque en aquellos se ve la beneficencia y amor de unos hombres con otros, y esto resplandece, y mas en las donaciones. Se divide la donacion en dos especies, de las quales dice la *l.* 1. *tit.* 7.

(1) *L.* 18. *depos. v. cont.* (2) *Tit.* 7. *lib.* 2. *Inst.*

lib. 10. *de la Nov. Rec.* que la una se hace por manda en razon de muerte, y la otra en sanidad sin manda. Á esta solemos llamar entre vivos, y á la otra por causa de la muerte (1). Trataremos antes de la dicha entre vivos por ser la mas noble. De ella dice la *l.* 1. *d. tit.* 4. *P.* 5. *Donacion es bien fecho que nace de la nobleza, e bondad de corazon, quando es fecha sin ninguna premia*, esto es, que se hace con solo el fin de exercer la liberalidad. La pueden hacer todos á excepcion de los inválidos que no tienen facultad de enagenar, que tantas veces hemos referido, *d. l.* 1. Tambien se exceptuan los reos de lesa Magestad, y los que trabajasen en matar ó herir á aquellos que el Rey hubiese escogido señaladamente por sus Consejeros escogidos honrados: los condenados por Hereges por la Santa Iglesia, *l.* 2. *d. tit.* 4. que dice lo mismo de los que ya han sido condenados á muerte, ó perpetuo destierro; pero en quanto á estos juzgamos estar corregida esta *ley* por la 3. *tit.* 18. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* que les permite testar. Los hijos que estan en poder de sus padres, pueden hacer donacion de sus bienes castrenses ó quasi castrenses, si los tuvieren, sin otorgamiento del padre. Y tambien de los profecticios podrán dar alguna cosa á su madre ó hermana ó sobrina, ó algunos de los otros parientes para casamiento ó para otra cosa, que entendiesen les era gran menester, y fuere cosa justa y derecha. Y lo mismo seria si dieren á su maestro que le enseñase ciencia, ó alguna arte ó menester: mas de otra manera no podrán dar, *l.* 3. *d. tit.* 4. De las donaciones que hacen los padres á sus hijos, véase lo que diximos hablando de las mejoras de tercio y quinto en el *tit.* 6.

2 Las donaciones se pueden hacer puramente, so condicion, y á dia cierto, *l.* 4. *tit.* 18. *y* 3. *tit.* 19. *lib.* 10. como todas las obligaciones, segun diximos en el *tit.* 16. *n.* 7. en donde tambien explicamos estos tres modos de

(1) *Princ. Inst. de donat.*

contraerse, y los varios efectos que producen, acomodables enteramente á las donaciones. Se pueden asimismo hacer siendo presentes el que da y el que recibe la donacion, ó quando el que hace la donacion está en otra tierra, y la hace por carta, ó por mensagero cierto, en que le envia á decir señaladamente lo que da. Y hecha la donacion por palabras, ó por carta simplemente, sin haberse entregado la cosa, está obligado á cumplirla el que la hace (1); pero sin podérsele pedir mas de lo que pueda hacer, porque le compete el beneficio que llaman de *competencia*, *l.* 4. *d. tit.* 18. de que hablarémos en su lugar. Si se hiciere hasta cierto tiempo, valdrá hasta que este viniere; y venido ganarian la posesion y el señorío de la cosa dada el donador ó el que estuviere señalado, y en defecto de ellos los herederos del mismo donador, *l.* 3. *tit.* 19. Si en la donacion se impuso algun cargo al que la recibe, y le cumpliere, quedará en un todo válida; pero si no le cumple puede ser apremiado á que lo cumpla, ó desampare la donacion, pues la puede revocar el donador, *l.* 2. *d. tit.* 19. que añade con razon, que á estas donaciones dicen en latin *sub modo.*

3 Como el Público interesa en que ninguno consuma su patrimonio temerariamente con profusiones inmoderadas, usando de esta manera mal de sus cosas; ha puesto la *ley* 5. *d. tit.* 19. con mucha razon á las donaciones la tasa de quinientos maravedís de oro, mandando que no valgan en quanto excedieren de esta cantidad, sino es con carta ó sabiduría del Juez de aquel lugar, ó como solemos decir, se insinuasen ante él. Pero pone la misma ley varias que valdrian, sin necesidad de insinuarlas: I. Las que hiciere el Rey á alguna persona, ó esta al Rey (2). II. Las que se hacen para redimir cautivos, ó para rehacer alguna Iglesia ó casa derribada (3). III. O por dote ó donacion que se hace por razon de casamiento (4). IV. Las

(1) §. 2. *Inst. de donat.* (2) *L.* 34. *C. de donat.* (3) *L. pen. in pr. et* §§. 1. *et* 2. *eod.* (4) *Nov.* 127. §. 2.

que se hacen á alguna Iglesia, lugar Religioso ú Hospital.

4 De la donacion de todos los bienes que tuviere el donante, estableció ya la *ley* 7. *tit.* 12. *lib.* 3. *del Fuero Real*, que no valiese. Y lo mismo la *ley* 2. *tit.* 7. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* añadiendo expresamente, que se entendiese tambien esta doctrina en las donaciones de los bienes presentes solamente. Antonio Gom. en la *ley* 69. *de Toro*, que es la *dicha* 2. dice al *n.* 3. que valdria si el que la hizo se reservó alguna cosa notable, como el usufructo durante su vida. Y la *ley* 8. *tit.* 4. *P.* 5. que la supone válida, deberá entenderse en este caso de haberse hecho la reserva. Dice esta *ley* 8. que si alguno que no tiene hijos, ni esperanza de tenerlos, diese á otro todo lo suyo, ó gran parte de ello, y despues tuviese hijo ó hija de muger legítima con quien casase despues, es revocada por ende la donacion, y no debe valer en ninguna manera. Como no expresa cantidad quando dice *gran partida*, piensa Greg. Lop. en la *glos.* 5. deberse esto definir por el arbitrio del Juez, como se hace en casos semejantes; y en la 10. que por las palabras *es revocada*, se ve queda rescindida por el mismo derecho. Y explicando aquellas palabras, *con quien casase despues*, dice en la *glos.* 8. que deberá decirse lo mismo en el caso que tuviese los hijos de la que era muger suya al tiempo de la donacion, con tal que apareciese, que el donador no pensó en ellos, por militar la misma razon. Hemos querido notar *estas glosas*, por parecernos muy conforme su doctrina.

5 De la donacion entre vivos ó en sanidad, dice la citada *l.* 1. *tit.* 7. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* que no la pueda quitar ó revocar el que la dió, sino por las razones que manda la ley, las quales son quatro, que todas contienen una muy grande ingratitud del que la recibió, y estan expresadas en la *l.* 10. *d. tit.* 4. *P.* 5. I. Quando el donatario hace grande deshonra de palabras al donador, ó le acusare de tal delito, que si se le probase caeria en pena de la muerte, perdimiento de algun miembro, ó de infamia, ó perdiese la mayor parte de sus bienes. II. Si metie-

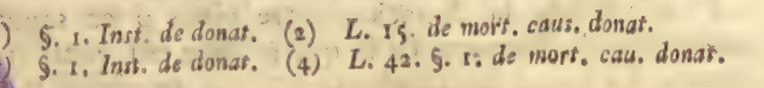
se manos airadas contra él. III. Haciendo gran daño en sus cosas. IV. Si tratare de alguna manera de su muerte (1). De la donacion que hace una muger á su hijo que hubo del primer matrimonio, despues de la muerte de su marido, y en seguida se casa con otro, dice la misma *l.* 10. que solo se puede revocar por tres razones que expresa tambien, y son las tres últimas de las quatro que acabamos de referir. Y añade á lo último *esta ley*, que las razones de ingratitud que ha expresado, las puede poner y alegar el mismo donador agraviado, y no sus herederos.

6 El *título* 7. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* contiene muchas leyes harto largas, de las grandes donaciones que hacen y han hecho varias veces los Reyes, acosados de las urgencias de la Monarquía, y por importunaciones y sugestiones. Explican cómo deben entenderse, moderarse y reformarse, con especialidad las excesivas que hizo el Señor Enrique IV. llamadas comunmente *Enriqueñas*. Quien quisiere enterarse de lo que contienen y establecen, podrá acudir á ellas y su comentador Azevedo; porque la multitud de circunstancias que abrazan, y el poco uso que en el dia tiene su contenido, nos han persuadido que basta hacer aqui esta insinuacion en este particular. Y por cesar estas razones en la *ley* 3. *de d. tit.* vamos á hacer mencion específica de su contenido, como la hemos hecho del de las *leyes* 1. *y* 2. Prohibe pues esta *ley* 3. con mucha razon las enagenaciones que se hacen con fraude para no pechar, como por exemplo, las donaciones que hace un padre á su hijo Clérigo. Y porque estas donaciones quando no aparece justa y legítima causa se presumen hechas cautelosamente para no pechar, las declara ningunas, con otras penas que allí pueden verse.

7 Explicada la donacion entre vivos ó en sanidad, hablarémos brevemente de la que se hace por causa de la muerte. La hacen los hombres, que por agoviados de en-

(1) *L. ult. C. de revoc. don.*

fermedad, ó por otro peligro, temen la muerte, de modo que puede definirse, diciendo ser aquella: *Que se hace por sospecha de la muerte.* Y se puede revocar de tres maneras: I. Si el donatario muere antes que el donador. II. Si este salió de la enfermedad ú otro peligro, por cuya razon la hizo. III. Si el mismo se arrepiente de haberla hecho antes de morir, *l. últ. d. tit.* 4. *P.* 5. (1). Esta *l. últ.* añade deberse hacer delante de cinco testigos. Pero creemos con Covar. *in rubr. de testam. part.* 3. *n.* 32. Matienzo en la *l.* 1. *tit.* 18. *lib.* 10. *de la Nov. Rec. glosa* 2. y en la *l.* 7. *lib.* 10. *del mismo tit.* y otros que en esta parte está corregida por *d. l.* 1. *tit.* 18. *lib.* 10. *Nov. Rec.* que solo exîge tres testigos para los testamentos nuncupativos; pues manifiesta quiso comprehender tambien á estas donaciones en aquellas sus palabras: *U otra postrimera voluntad*, que no tiene otro objeto á que poder referirse. Y tambien porque seria cosa muy incongruente y reparable exîgir mayor solemnidad para estas donaciones, que para los testamentos: por cuya razon juzgó prudentemente el Jurisconsulto Juliano, que remitida alguna solemnidad para los testamentos, se entiende remitida para estas donaciones (2). La *l.* 1. *tit.* 7. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* hablando de esta donacion, dice: que se hace por *manda*, cuya palabra significa legado ó fideicomiso, como vimos en el *tit.* 6. *n.* 13. con lo que no nos quiso manifestar, que con efecto lo era, porque no es asi, sino que en muchas cosas se asemejaba á los legados (3), como se ve en la facultad de poderla revocar libremente el que la hizo, y en que está sujeta á la mengua ó detraccion de la quarta falcidia, *l.* 1. *tit.* 11. *in fine P.* 6. (4), y en otras cosas.



(1) §. 1. *Inst. de donat.* (2) *L.* 15. *de mort. caus. donat.*
(3) §. 1. *Inst. de donat.* (4) *L.* 42. §. 1. *de mort. cau. donat.*

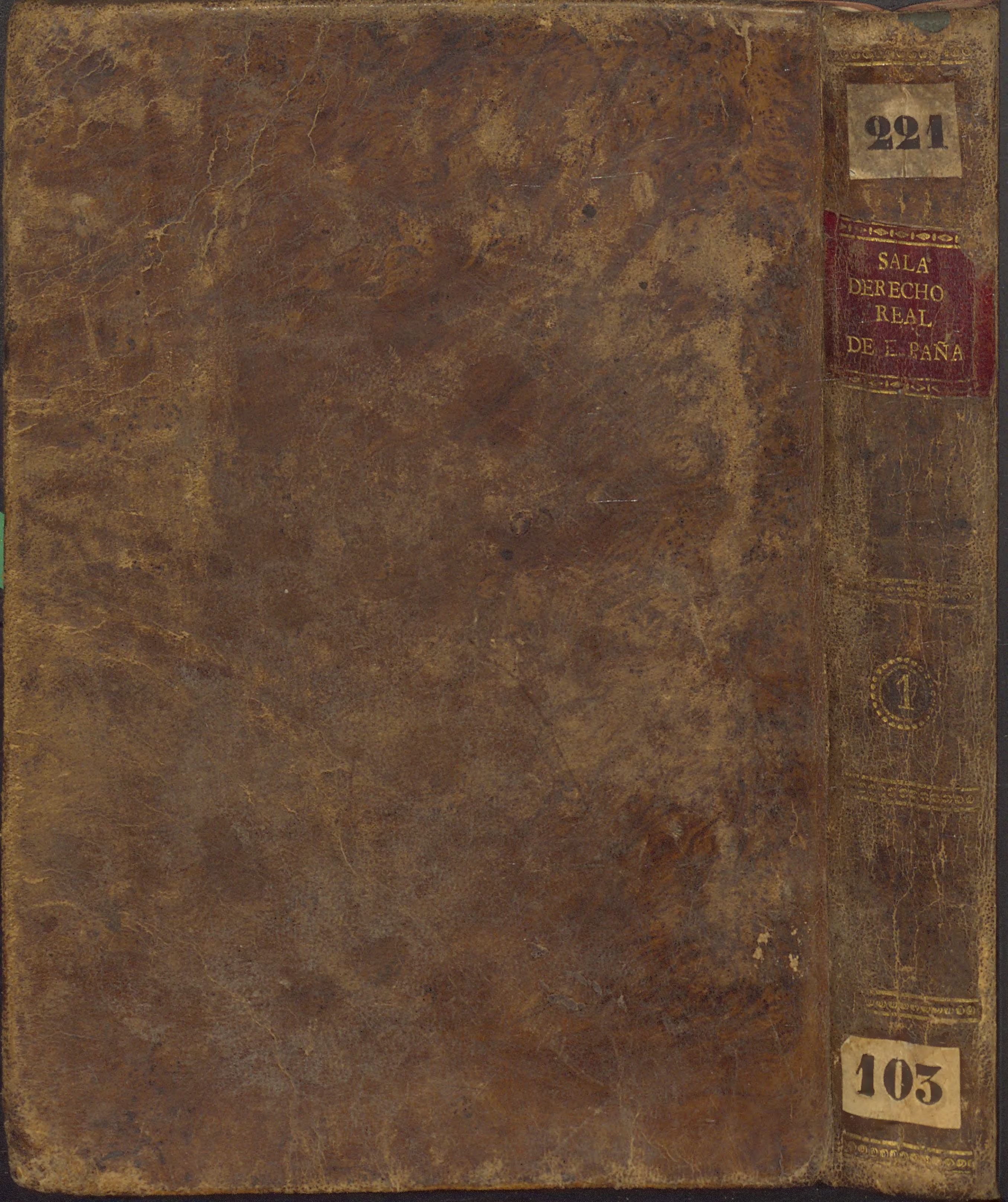
FIN DEL TOMO I.

Ki
2t.








221
SALA
DERECHO
REAL
DE E PAÑA
1
103


colorchecker CLASSIC
calibrite
mm